

TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS
D.T. Y C., AGUAS DE CARTAGENA S.A E.S.P VS HALCROW GROUP
LIMITED.

FECHA LAUDO: 9 de junio de 2014.

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y DEL TRIBUNAL

PARTE CONVOCANTE: AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.

PARTE CONVOCADA: HALCROW GROUP LIMITED.

ÁRBITRO (S): JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ y ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS.

SECRETARIO (A): LILIANA BUSTILLO ARRIETA

REFERENCIAS NORMATIVAS, JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES

NORMAS:

Artículo 116 de la Constitución Política, artículo 1602 del Código Civil, artículo 206 del código general del proceso, artículos 85, 97, 211, 392 del código de procedimiento civil, artículos 833, 844 y 871 del Código de Comercio, artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, artículo 16 del Decreto 4089 de 2007, artículo 16, 111, 121 y 124 de la Ley 446 de 1998, artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, artículo 70 De La Ley 80 De 1993, artículo 21 de la Ley 1150 de 2007, artículo 1º de la Ley 315 de 1996, artículo 6-3 de la Ley 1285 de 2009, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, Ley 610 de 2000, ley 142 de 1994, Ley 153 de 1.887, Decreto-Ley 2324 de 1984, ley 80 de 1993, artículo 171 del CCA, artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, Artículo 2º, Acuerdo 1887 de 2003.

DOCTRINA:

- Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal, página 210, citado por Consejo de Estado Sentencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Alier Eduardo Hernandez Enríquez, Bogotá, D.C., 3 de febrero de 2000, Rad.: 14787.
- DIEGO FERNANDO GARCÍA VÁSQUEZ. "La responsabilidad contractual", en *Responsabilidad civil y del Estado* No. 24, Medellín, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, 2008.
- ENRIQUE BARROS BOURIE. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 75 y ss.
- FÉLIX A. TRIGO REPRESAS y MARCELO J. LÓPEZ MESA. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- FERNANDO HINESTROSA. *La representación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008.

- HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, parte tercera – vol. III, Los principales contratos, traducción de la 1ª ed. francesa, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.
- HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2010.
- Hernán Fabio López Blanco. *Procedimiento Civil, Parte general, Tomo I*, Ed. Dupré, Bogotá, 2012.
- HERNANDO TAPIAS ROCHA. “La acción de responsabilidad contractual”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2007.
- JAIRO PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho Probatorio*, Décima Quinta Edición, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006.
- JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007
- JORGE PINO RICCI. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 426.
- JORGE SUESCÚN MELO. “La prueba en responsabilidad contractual. La presunción de culpa y los medios para desvirtuarla”, en *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2003.
- JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Temis., 2001
- Juan Carlos Henao. El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en Derecho Colombiano y francés. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.
- LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual*. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329., citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 13 de Junio de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio, Expediente. 20771.
- LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2012.
- PHILIPPE LE TOURNEAU CADIET. *Droit de la responsabilité*, Paris, Editions Dalloz, 1996.
- PHILIPPE LE TORNEAU. *La responsabilidad civil profesional*, Bogotá, Legis, 2006.
- Fernando Hinestrosa. *Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura vicisitudes*, tomo I, Ed. Universidad Externado de Colombia.

JURISPRUDENCIA:

- Corte Constitucional, Sentencia C-212 del 28 de abril de 1994,
- Corte Constitucional, Sentencia C-279 de 2013, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub
- Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.
- Corte Constitucional, sentencia del 28 de enero de 2003. Mp. Álvaro Tafur Galvis
- Corte Constitucional, Sentencia C-212 del 28 de abril de 1994; Exp. N° D-319, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

- Corte Constitucional, sentencias C-623 de 1999 y C-967 de 2012.
- Corte Constitucional, sentencia T-973 de 1999)
- Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1995.
- Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2009.
- Corte Constitucional, sentencia C-716 de 2002.
- Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de marzo de 1996, M.P. PEDRO LAFONT PIANETA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de julio de 2002, M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 478 de 12 de diciembre de 1989.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de agosto de 2012, M.P. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de noviembre de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de noviembre de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.
- Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 13 de diciembre de 1943, M.P.: Cardozo Gaitán. Citado en Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion C, Cp.: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., 5 De Julio De 2012, Rad.: 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de noviembre de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de abril de 2003, con ponencia del Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y agraria, sentencia de 30 de octubre de 2007, con ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, expediente 18.014.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de febrero de 2012, expediente 20.688.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 24.266.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 25.292.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 24.266
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, expediente 18.446.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 17.552.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2006, expediente 14.056.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 24.166.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, expediente 22.948.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, expediente 18.836.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, expediente 18.836.
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP.: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2002, Rad.: 25000-23-26-000-1993-8674-01(14112)
- Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP.: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., 3 de mayo de 2007, Rad.: 05001-23-26-000-1994-00422-01(19420)
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, expediente 25000-23-24-000-2006-00986-01
- Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 31 de agosto de 2005, radicación 1.662.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia No.1999-00267 del 31 de marzo de 2011
- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, expediente 10.775
- Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A. CODAD, folio 48.
- Tribunal de Arbitramento de *Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada* contra *Instituto Nacional de Vías – Invías*. Laudo de 20 de abril de 2005
- Tribunal de Arbitramento de *Compañía de Estudios e Interventorías S.A. –CEI S.A.* contra *Instituto de Desarrollo Urbano – IDU*. Laudo de 10 de abril de
- Tribunal de Arbitramento de *Construcciones Carrillo Caycedo S.A. – Concay S.A.* contra *Departamento de Cundinamarca*. Laudo de 7 de marzo de 2008).
- Tribunal de Arbitramento de *Instituto Nacional de Reforma Urbana – INURBE* contra *Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A.* Laudo de 8 de junio de 1999.
- Tribunal de Arbitramento de Concesionaria Vial de los Andes – Coviandes S.A. contra Instituto Nacional de Vías. Laudo arbitral de 29 de julio de 2004.

TEMAS: Error En La Objeción Grave De Dictamen Pericial, Incumplimiento De Contrato, Ratificación En Contrato Estatal, Contrato De Consultoría – Interventoría, Responsabilidad Civil Contractual.

(TRANSCRIPCIÓN DEL LAUDO)

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO
DE**

DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T. Y C.

Contra

HALCROW GROUP LIMITED

Cartagena de Indias Distrito Turístico y Cultural, nueve (09) de junio de dos mil catorce (2014)

Habiéndose surtido la totalidad de las actuaciones procesales que prescriben el Decreto 2279 de 1.989, la ley 23 de 1.991, el decreto 2651 de 1.991, la ley 446 de 1.998 en concordancia con lo dispuesto por la sentencia C-1038 de 2.002, el decreto 4089 de 2.007, y la ley 80 de 1.993, normas que rigen este proceso, este Tribunal de Arbitramento procede a proferir el laudo arbitral que resuelve las controversias surgidas entre las partes y que han sido sometidas a su decisión, en el siguiente orden.

ANTECEDENTES

I. DESCRIPCIÓN DEL TRÁMITE ARBITRAL

A. CONVOCATORIA A TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

Mediante escrito presentado el día dieciséis (16) de febrero de 2012 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, la parte Convocante AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P., sociedad mercantil, con domicilio principal en la ciudad de Cartagena, a través de apoderado especial presentó demanda arbitral, solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento, con la finalidad de dirimir las diferencias presentadas con la sociedad HALCROW GROUP LIMITED, con ocasión de la ejecución del Contrato de SERVICIOS DE CONSULTORIA, No. CONSUL – 02 – BM-2008, cuyo objeto fue LA INTERVENTORIA TECNICA AMBIENTAL PARA LA CONSTRUCCION E INSPECCION DEL EMISARIO SUBMARINO, en la que en síntesis la parte convocante pretende que se declare la responsabilidad patrimonial de la empresa Halcrow Group Limited por los daños sufridos por el Contratante, durante la ejecución del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008, y que se le ordene pagar el valor de los mismos debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses, como pretensión primera principal. Como pretensión segunda que se declare la responsabilidad patrimonial de la empresa Halcrow Group Limited por los daños sufridos por el Contratante, durante la ejecución del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 suscrito el 11 de febrero de 2008, cuya interventoría estuvo a cargo de Halcrow Group Limited, mediante el Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008, daños que se ordenen pagar debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses. Además, que como consecuencia de las anteriores declaraciones de responsabilidad, se condene a la parte Convocada Halcrow Group Limited a indemnizar a la parte Convocante por todos los perjuicios materiales causados por el incumplimiento contractual alegado y descrito en la demanda. Adicionalmente planteó unas pretensiones subsidiarias que fundamentó en una serie de hechos acaecidos en la ejecución del citado contrato

que describe en la demanda arbitral. Esta demanda fue objeto de reforma tal como se detalla más adelante. (Folios 2 al 419 del Cuaderno Principal No. 1).

B. NOMBRAMIENTO DE ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL

En audiencia de nombramiento de árbitros, celebrada el día cinco (05) de marzo de 2012, las partes designaron de común acuerdo como árbitros a los doctores **JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, JUAN CARLOS EXPÓSITO VÉLEZ y ALFONSO HERNÁNDEZ TOUS** (folios 480 y 481 Cuaderno Principal No. 1). Comunicadas las designaciones a los árbitros, los mismos aceptaron oportunamente la designación (folios 496 al 508 Cuaderno Principal No. 1).

En audiencia de instalación celebrada el día dieciséis (16) de abril de 2012, a la que asistieron los apoderados judiciales de la parte Convocante y Convocada, así como el Agente del Ministerio Público, se instaló el Tribunal de Arbitramento, y se eligió como Presidente al doctor **JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR**, y como Secretaria a la doctora **LILIANA BUSTILLO ARRIETA**, quien posteriormente tomó posesión de su cargo ante el Presidente (folio 550 del Cuaderno Principal No. 2). Así mismo, en esta providencia, auto No. 1, se fijó como sede del Tribunal el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena de Indias D. T. y C., sin perjuicio de la posibilidad de radicar memoriales en la oficina del señor Presidente del Tribunal en la ciudad de Bogotá D.C.

C. ADMISIÓN DE LA SOLICITUD DE CONVOCATORIA, NOTIFICACIÓN PERSONAL DEL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA Y TRASLADO A LA PARTE CONVOCADA Y AL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El tribunal de Arbitramento, previo a análisis del cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud de convocatoria, mediante auto No. 3, resolvió admitir la demanda arbitral presentada por la Convocante, se ordenó la notificación y correr traslado de la misma a la parte Convocada y al Agente del Ministerio Público, por el término de diez (10) días contados a partir del día siguiente a la notificación del auto admisorio de la solicitud de convocatoria, de acuerdo con el procedimiento arbitral. (Folios 537 al 542 del Cuaderno Principal No. 2).

El día dieciséis (16) de abril de 2012, el apoderado especial de la parte Convocada HALCROW GROUP LIMITED, y el Agente del Ministerio Público, Procurador Judicial II Administrativo 22, se notificaron personalmente de la providencia que admitió la demanda de convocatoria. (Folios 544 al 547 expediente principal).

D. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, EXCEPCIONES DE MÉRITO Y SU TRÁMITE

Mediante memorial presentado en la secretaría del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, sede del Tribunal, en fecha 30 de abril de 2012 la parte Convocada HALCROW GROUP LIMITED, a través de apoderado especial se pronunció contestando la demanda de convocatoria, propuso excepciones de mérito y aportó pruebas documentales. (Folios 551 al 657 del cuaderno principal No. 2 y 2 carpetas de pruebas documentales No. 12 y 13).

La parte convocada ejercitó su derecho de defensa oponiéndose a las pretensiones solicitadas por la parte convocante en la demanda arbitral, alegando que no incumplió el contrato de SERVICIOS DE CONSULTORIA, No. CONSUL – 02 – BM-2008, manifestó que las prestaciones derivadas del citado contrato se cumplieron, se pronunció sobre los hechos e invocó excepciones de mérito que denominó “Falta de competencia de este Tribunal de Arbitramento”, “Falta de legitimación en la causa por activa de Acucar”, “Falta de legitimación en la causa por activa del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”, “Falta de capacidad legal de Acucar para representar al Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”, “cobro de lo no debido”, “indebida acumulación de pretensiones”, “Inexistencia del daño por parte de Halcrow”.

E. TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO

Fijadas en lista las excepciones de mérito por secretaría, mediante memorial presentado en la secretaria del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena, sede del Tribunal, en fecha 10 de abril de 2012, la parte Convocante se pronunció respecto a las mismas, oponiéndose a todas ellas y aportó pruebas documentales. (Folios 658, 659 a 679 del cuaderno principal No. 2 y una carpeta de pruebas documentales No. 14).

F. FIJACIÓN Y PAGO DE LOS GASTOS Y HONORARIOS PARA EL FUNCIONAMIENTO DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO.

Mediante auto proferido el día 22 de mayo de 2012, el Tribunal de Arbitramento fijó fecha para audiencia de determinación de los gastos y honorarios para el funcionamiento del Tribunal, decisión que se notificó a las partes del proceso arbitral y al Ministerio Público en legal forma. (Folios 680 al 687 del cuaderno principal No. 2).

En el Auto No. 5 del 5 de junio de 2012, notificado a los apoderados de las partes y al Agente del Ministerio Público en audiencia, el Tribunal fijó las sumas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración, protocolización y otros, sin perjuicio de que en el curso del proceso haya lugar a la aplicación de lo previsto en el artículo 16 del Decreto 4089 de 2007 y ordenó su consignación a las partes a órdenes del Presidente del Tribunal dentro del plazo de ley. (Folios 688 al 699 del cuaderno principal No. 2).

El día 20 de junio de 2012, dentro del término fijado para el efecto, el doctor FRANCISCO DE CASTRO VÉLEZ, como apoderado especial de la parte Convocante radicó en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Cartagena el cheque número 0659327 del Banco Agrario de Colombia por valor de \$1.423'267.090,00, correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas por concepto de honorarios de los árbitros, secretario, gastos de administración, protocolización y otros a su cargo, de conformidad con lo dispuesto en el Auto No. 5 del 5 de junio de 2012. (folio 701 y 702 del cuaderno principal No.2). Posteriormente y ante el no pago de la parte Convocada del 50% de las sumas que le correspondía, la parte Convocante asumió el pago de dicho monto entregando por intermedio de su apoderado el cheque número 0659387 del Banco Agrario de

Colombia por valor de \$1.300'000.000, oo., y el cheque No. 688093 de Bancolombia por valor de \$123'267.090, oo., correspondiente al cincuenta por ciento (50%) de las sumas fijadas. (Folio 703 del cuaderno principal No. 1).

G. FIJACIÓN DE LA FECHA PARA LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN

Mediante auto No. 7 de fecha 25 de julio de 2012 proferido en audiencia con presencia de las partes y el agente del Ministerio Público, se fijó para el día 27 de agosto de 2012 a las 9.00 a.m. fecha para celebrar la audiencia de conciliación en segunda oportunidad, y en caso de que esta llegare a fracasar, continuar con la primera audiencia de trámite en el proceso arbitral. (Folios 709 al 713 Tomo II)

H. REFORMA DE LA DEMANDA, ADMISIÓN Y NOTIFICACIÓN A LA PARTE CONVOCADA Y AL AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO

Mediante memorial presentado en fecha 23 de agosto de 2012 en la oficina del presidente del Tribunal de Arbitramento, doctor JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, en la ciudad de Bogotá D.C., la parte Convocante en este proceso arbitral reformó la demanda de Convocatoria al Tribunal. La reforma de la demanda consiste en un escrito integrado de reforma, compuesto por un memorial de 176 folios, acompañado de anexos en 6 carpetas tipo AZ, de contenido documental y una memoria USB.

Un aspecto central de la reforma de la demanda es que se precisó que la parte Demandante de este proceso arbitral es el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias. En la demanda inicial se señalaba como demandante a la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. En el acápite IV, denominado "HECHOS", se relatan 35 hechos (folios 769 al 786 tomo II), contiene el acápite V, denominado "ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO QUE SOPORTA LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, INCUMPLIMIENTOS DE LOS DEBERES Y LEGALES DEL INTERVENTOR", así como el de pruebas y otros aspectos. (Folio 786 al 856 del Tomo II.)

En la demanda reformada se plantearon como pretensiones las siguientes, y literalmente se transcriben.

"II PRETENSIONES

II.1. Principales.

II.1.1. PRIMERA.-Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que se declare la responsabilidad patrimonial de la empresa Halcrow Group Limited por los daños sufridos por el Contratante, durante la ejecución del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008, y que se le ordene pagar el valor de los mismos debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses.

II.1.2. SEGUNDA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que se declare la responsabilidad patrimonial de la empresa Halcrow Group Limited por los daños sufridos por el Contratante, durante la ejecución del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 suscrito el 11 de febrero de 2008, cuya interventoría estuvo a cargo de Halcrow Group Limited, mediante el Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008, daños que se ordenen pagar debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses.

II.1.3. TERCERA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que se declare puntualmente (i) el incumplimiento del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008, por parte de la Halcrow Group Limited y/o el incumplimiento de las obligaciones genéricas o específicas adquiridas de acuerdo a la ley colombiana, por la compañía inglesa Halcrow Group Limited con ocasión del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008, y que se condene en los valores que se establecen más adelante en la parte final de esta pretensión o lo que se logre establecer en el proceso; (ii), que el Contratante sufrió daños antijurídicos con ocasión de la ejecución del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008, y que se condene en los valores que se establecen más adelante en la parte final de esta pretensión o lo que se logre establecer en el proceso; (iii) que el Contratante sufrió daños antijurídicos con ocasión del incidente en que se perdió el Emisario Submarino, y que se condene en los valores que se establecen más adelante en la parte final de esta pretensión o lo que se logre establecer en el proceso; (iv) que el Contratante sufrió daños con ocasión de la ejecución imperfecta y/o daños derivados al Contratante por la faltas cometidas por la compañía inglesa Halcrow Group Limited en su condición de interventora integral durante la ejecución del Contrato de Obra Civil N° ALC-01-BM-2008, suscrito con el Consorcio EDT, cuyo objeto principal era “la CONSTRUCCION EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA, de conformidad con las condiciones y especificaciones contenidas en los Pliegos de Condiciones de la Contratación Directa No. CDT-ALC-01-BM-2007 y su oferta de fecha Agosto 9 de 2007, por un valor de \$57.576.134.000.00 sin aranceles, impuesto de importación e IVA de la tubería, para ejecutarse en un plazo de Dieciocho (18) meses”, cuya interventoría integral estaba a su cargo, y que se condene en los valores que se establecen más adelante en la parte final de esta pretensión o lo que se logre establecer en el proceso; estas causas antijurídicas y/o incumplimientos, faltas, o actos reprochables se definen colectivamente y/o individualmente contenidos, analizados, descritos y enumerados en el acápite V de esta demanda, **ANÁLISIS FÁCTICO Y JURÍDICO QUE SOPORTA LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, INCUMPLIMIENTOS DE LOS DEBERES CONTRACTUALES Y LEGALES DEL INTERVENTOR, V.1. Deberes generales de la interventoría, V.2. El contenido obligacional concreto incumplido; pero en todo caso son ilustrativos y no limitativos a la fuente del daño ya que se solicita la reparación sobre cualquier fuente o causa que se logre demostrar en el**

proceso. En razón a la declaratoria de responsabilidad de la demandada bajo el régimen y fundamento que se establezca solicitamos al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial, se condene a Halcrow Group Limited y se le ordene la restitución patrimonial de la totalidad de los daños causados y/o los dineros invertidos en la construcción del Emisario Submarino siniestrado y se ordene consecuentemente la indemnización integral de los perjuicios ocasionados al Contratante parte demandante, debidamente indexada o actualizada, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento, con ocasión de la pérdida de la obra pagada del Emisario Submarino y nunca entregada. El monto de este daño se establece en los valores equivalentes a lo invertido por el Contratante en la obra pagada y no entregada, y demás perjuicios ocasionados al Contratante. El valor total de esta pretensión está determinado como mínimo en las actas de pago de avances de obra en el Contrato de Obra Civil N° ALC-01-BM-2008 y aportadas a este proceso, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones, esto es, una suma superior a cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153'287.303) pesos moneda corriente, o lo que establezca en el proceso, cuyos montos fueron pagados de las cuentas del proyecto del Contratante.

II.1.4. QUINTA.-Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial y/o de incumplimiento del Contrato de Interventoría, se condene a Halcrow Group Limited y se le ordene la restitución de la totalidad del dinero que le fue entregado en virtud del Contrato de Interventoría al Contratante parte demandante, esto es, la suma de setecientos sesenta y dos mil cuatrocientos ochenta y dos (US \$762.482) dólares de los Estados Unidos de América, más ciento setenta y ocho millones setecientos ochenta y dos mil setecientos doce (\$178'782.712) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses.

II.1.5. SÉXTA.-Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial se condene a Halcrow Group Limited y se le ordene la restitución de la totalidad de los daños causados y/o reembolso de los gastos en los que incurrió el Contratante en las labores de salvamento, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones, el cual asciende actualmente al menos a cuatro mil doscientos treinta y ocho millones doscientos ochenta y dos mil quinientos noventa y ocho (\$4.238'282.598) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento por este concepto.

II.1.7. SÉPTIMA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial, se condene a Halcrow Group Limited a pagar al Contratante, sin ser limitativa al petitum, el mayor valor que la obra Emisario Submarino tiene en la actualidad, como se calcula en el acápite pertinente o como resulte probado en el proceso, y se le ordene pagar dicho valor debidamente indexado o actualizado, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento por este concepto.

II.1.7. OCTAVA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que, como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial, se condene a Halcrow Group Limited a pagar a título de indemnización, intereses moratorios sobre los valores adeudados, desde el momento en que se debió entregar la obra y hasta el momento de esta sentencia, como se estima en el acápite pertinente.

II.1.8. NOVENA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que se declare la terminación del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008.

II.1.9. DECIMA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que se condene en costas y agencias en derecho a Halcrow Group Limited, incluyendo el valor total del procedimiento arbitral, costas y agencias en derecho, y los costos en los que ha tenido que incurrir el Contratante desde el incidente del Emisario Submarino el 2 de diciembre de 2010 para su defensa jurídica como se estima en el acápite pertinente.

II.2. Subsidiarias.

II.2.1. PRIMERA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que, en el evento de que no prosperen las pretensiones principales, contenidas en las cuatro primeras peticiones, se declare: (II.2.1.1) que entre el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias, quien ha sido representado por la Empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. – Acuacar en la ejecución de las obras del Plan Maestro de la ciudad de Cartagena, de acuerdo a los deberes del mandatario y a las instrucciones y refrendaciones efectuadas por el mandante anexadas y exhibidas en el proceso, existe un contrato de interventoría integral; (II.2.1.2) que en virtud de ese negocio jurídico el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias sufrió daños y perjuicios imputables a Halcrow Group Limited en una cuantía superior a la suma de cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153'287.303) pesos moneda corriente, más las indexaciones e intereses moratorios de esta cifra, con base en los hechos y fundamentos relacionados en esta demanda; (II.2.1.3) una vez hecha estas declaraciones y

condenas se proceda a decretar la terminación del contrato y su liquidación en el estado actual.

II.2.2. SEGUNDA.- Solicito al Tribunal de Arbitramento y a los señores árbitros que, en el evento de que no prosperen las pretensiones principales, contenidas en las cuatro primeras peticiones, declare a Halcrow Group Limited responsable desde la perspectiva de lesión patrimonial al Contratante o bajo título y régimen que se desprenda del desarrollo del arbitramento o que considere probado el Tribunal de Arbitramento, por los daños y perjuicios sufridos por el Contratante con ocasión de la pérdida de la inversión y no entrega a tiempo de la obra contratada Emisario Submarino e interventoría integral a cargo de la demandada, cuyo valor asciende a una cifra superior a la suma de cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153'287.303) pesos moneda corriente, los cuales fueron invertidos en la construcción del emisario submarino que nunca se entregó más los costos de salvamento del siniestro del emisario submarino, obra pagada cuya interventoría estaba a cargo de la demandada, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones, o lo que resulte probado en el proceso y se le ordene pagar la indemnización de perjuicios debidamente indexada o actualizada, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento.”

[No existe pretensión CUARTA en el texto reformado de la demanda]

En providencia No. 6 de fecha 24 de agosto de 2012, el Tribunal de Arbitramento resolvió admitir la reforma a la demanda arbitral presentada por la parte convocante de este proceso arbitral por reunir ella los requisitos establecidos en el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, providencia que se notificó legalmente a las partes del proceso y al Agente del Ministerio Público. (Folios 935 al 941)

I. RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO ADMISORIO DE LA DEMANDA ARBITRAL

La parte Convocada Halcrow Group Limited mediante memorial presentado en fecha 31 de agosto de 2012 en la oficina del presidente del Tribunal de Arbitramento, doctor JOSÉ VICENTE GUZMÁN ESCOBAR, en la ciudad de Bogotá D.C., interpuso recurso de reposición contra la providencia No. 8 que resolvió admitir la reforma a la demanda arbitral, correr traslado a la parte Convocada y al Agente del Ministerio público de la misma, así como aplazamiento de la audiencia de conciliación y primera de trámite. De dicho recurso para efectos de traslado por 2 días, ordenado por los artículos 349 y 108 del C. de P.C., se hizo fijación en lista que fue puesta en conocimiento de las partes del proceso y al Agente del Ministerio Público, por medio electrónico, lo cual consta en el expediente. Mediante memoriales presentados el 5 de septiembre, el Agente del Ministerio Público y el apoderado de la parte convocante, en ejercicio de dicho traslado, presentaron, cada uno de ellos, un escrito de pronunciamiento respecto del recurso de reposición interpuesto por la parte convocada. (Folios 942 al 960 del Tomo II).

J. CONFIRMACIÓN DEL AUTO ADMISORIO DE LA REFORMA DE LA DEMANDA ARBITRAL.

En providencia No. 9 de fecha 07 de septiembre de 2012, este Tribunal de Arbitramento procedió a confirmar en su totalidad el Auto N° 8 admisorio de la demanda arbitral reformada, con fundamento en las consideraciones expuestas en el Acta N° 7. (Folios 961 al 967 Tomo II)

K. PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE CONVOCADA SOBRE LA REFORMADA DE LA DEMANDA ARBITRAL, EXCEPCIONES DE MÉRITO Y EL TRASLADO LEGAL DE LAS MISMAS.

La parte Convocada, Halcrow Group Limited, mediante memorial presentado el 17 de septiembre de 2012, se pronunció sobre la reforma a la demanda arbitral y propuso como defensa excepciones de mérito las siguientes. (Folios 1057 al 1077 del tomo II)

“a. Indebida Convocatoria e instalación del Tribunal de Arbitramento.”

“b. Falta de legitimación en la causa material por activa del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias.”

“c. Cobro de lo no debido.”

“d. Indebida acumulación de pretensiones.”

“e. Ausencia de los presupuestos de la indemnización.”

“h. Enriquecimiento sin justa causa del Distrito de Cartagena.”

“f. Excepción de contrato cumplido.”

“g. Responsabilidad exclusiva de Acuacar como jefe de obra y de EDT Marine Construction Cartagena Outfall como constructor del emisario submarino.”

“h. Falta de legitimación en la causa material por pasiva.”

De dichas excepciones de mérito se surtió traslado mediante fijación en lista de fecha 18 de septiembre de 2012 a la parte Convocante y al Agente del Ministerio Público para que conforme al procedimiento arbitral ejercieran el derecho de defensa con la posibilidad de pedir pruebas sobre los hechos en que se fundan las excepciones de mérito. Mediante sendos escritos presentados en fecha 21 de septiembre de 2012, tanto el Agente del Ministerio Público como la parte Convocante se pronunciaron en escritos presentados ante la oficina del presidente del Tribunal en Bogotá D. C. y en la secretaría del Tribunal en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena. (Folios 1086 al 1136 Tomo III)

L. OPORTUNIDAD DE CONCILIACIÓN, PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE Y DECLARACIÓN DE COMPETENCIA.

Mediante Auto No. 10 de fecha 24 de septiembre de 2012, notificada legalmente a las partes del proceso arbitral se fijó como fecha para audiencia de conciliación y en caso de no existir animo conciliatorio celebrar la primera audiencia de trámite prevista para el proceso arbitral. El día primero de octubre de 2012, se celebró la audiencia de conciliación y primera de trámite, no siendo posible lograr el acuerdo conciliatorio, se continuó el proceso arbitral con el desarrollo de la Primera Audiencia de Trámite de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 124 de la Ley 446 de 1998, compilado en el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998.

En esta audiencia el Tribunal de Arbitramento, previa las consideraciones pertinentes, se declaró competente para resolver el conflicto objeto de este proceso arbitral, mediante providencia No. 12 que fue objeto de recurso de reposición interpuesto por la parte Convocada. El recurso de reposición fue fundamentado en “Falta de Competencia del Tribunal de Arbitramento” y “No haberse constituido en legal forma el Tribunal de Arbitramento”. Del citado recurso se surtió el traslado legal a la parte Convocante y al agente del Ministerio Público, se pronunció la parte Convocante oponiéndose al recurso de reposición, con base en los argumentos que expuso en la misma audiencia; el agente del ministerio público manifestó su conformidad con la providencia de declaratoria de competencia. Mediante auto No. 13 proferido en la misma audiencia, el Tribunal de Arbitramento confirmó en todas sus partes el auto No. 12 de la declaración de competencia para conocer de este proceso arbitral. (Folios, 1137 al 1139, 1198 al 1253 tomo III)

M. DEL DECRETO DE PRUEBAS EN EL PROCESO ARBITRAL, EN LA PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.

Previo al decreto de pruebas, el Tribunal de Arbitramento se pronunció sobre una petición de pruebas adicional de la parte Convocada, previo el traslado a la parte Convocada y al agente del Ministerio Público. Al respecto manifestó el Tribunal que en ese estado del trámite ya habían precluido las oportunidades previstas en la ley para pedir y/o aportar pruebas al proceso, por lo cual el decreto de pruebas se limitó a las pedidas y aportadas por las partes en las oportunidades señaladas en la ley.

Mediante auto No. 15, el Tribunal de Arbitramento profirió el decreto de pruebas en el proceso arbitral que se describe a continuación, tal como se decretaron las siguientes:

I. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCANTE EN LA DEMANDA ARBITRAL y EN SU REFORMA:

A. Documentos aportados

Téngase como tales, con el valor que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte Convocante con la demanda arbitral y su reforma, así como con los escritos de pronunciamiento sobre

las excepciones propuestas contra la demanda arbitral y su reforma (Folios 867 al 910 del Cuaderno Principal No. 2, documentos que reposan en Carpetas Tipo AZ, DEL TOMO I AL XVII, adicionalmente las pruebas allegadas con el memorial de pronunciamiento sobre las excepciones de mérito en el acápite "PRUEBAS").

DOCUMENTOS EN MEDIO MAGNÉTICO.

Se aportaron discos compactos - CD con los antecedentes del Proyecto. Punto "IX.2.1" (folio 911)

Memoria USB con los antecedentes del Proyecto, punto "IX.2.3" (folio 912 Tomo II del expediente).

B. Testimonios

Conforme a lo solicitado por la parte convocante en el acápite "**IX. 4. TESTIMONIOS**" de la demanda reformada, se decretaron las declaraciones testimoniales de las siguientes personas, para ser rendidas en audiencias que se llevarán a cabo en la sede del Tribunal: **MAURICIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ, IAN LARSEN, MANUEL GUILLERMO PEREZ, RICARDO CRISTIAN DÍAZ MUÑOZ, SYLVANA CECILIA NARVAÉZ RUIZ, NAZARIO AGUDELO, LEOPOLDO PELLÓN ARRIETA, JAIRO WATTS PAJARO, LUIS ERNESTO CRIALES, LUIS ALFONO PINZÓN CORCHO, GREGORIO OTERO REBOLLO, JORGE ALFONSO MARTINEZ PAJARO, LUIS ANGEL MUÑOZ, JAIME PLAZAS, CARLOS MARTINEZ, JOSE DOMINGO SALAZAR ALVAREZ, MARCIAL PUERTA VALDEZ, EDINSON ANTONIO BATISTA, JORGE ANTONIO MARTINEZ BUSTAMENTE, JUDITH PINEDO FLOREZ, GUSTAVO VICTOR GONNELLI, ALEJANDRO ALBERTO LABBÉ FLHUMANN, FRANCISCO PEREZ TENA.**

C. Interrogatorio de parte

Se decretó la práctica del interrogatorio de Parte a los representantes legales de la parte Convocada HALCROW GROUP LIMITED.

D. Dictamen Pericial

Se decretó la práctica de los siguientes dictámenes periciales:

PRUEBA PERICIAL CONTABLE. Sobre los pagos efectivamente realizados por **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR** a **EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL** y a **HALCROW GROUP LIMITED** en desarrollo de los Contratos de Obra e Interventoría, con el fin de determinar el monto total al que ascendió la construcción del Emisario Submarino.

Para tal efecto, se designó como perito contador para esta prueba a **INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A.**, quienes manifestaron al Tribunal no tener relación con ninguna de las partes de este proceso arbitral.

PRUEBA PERICIAL POR UN PERITO INGENIERO, para que se establezcan los aspectos técnicos de la obra de construcción del Emisario Submarino, los cambios efectuados al proyecto inicial, el incidente del Emisario submarino en que colapsó y sus causas técnicas, para tal fin: 1. El perito deberá establecer y realizar un análisis de los aspectos técnicos de los componentes necesarios para construir un Emisario Submarino de calidad (tubería, lastres, arandelas, compresores, etc.) obra de las características establecidas para el de la ciudad de Cartagena; 2. Con base en los documentos y memoria de la obra de construcción e interventoría del Emisario Submarino de Cartagena cuya obra estaba a cargo del consorcio EDT e Interventoría a cargo de Halcrow Group Limited determinar si las pruebas y exámenes de laboratorio realizados (pruebas de concreto, de deslizamiento, resistencia, de componentes y accesorios entre otras) los alcances de cada una y su pertinencia en la calidad de la obra con el fin de determinar cómo deben hacerse y en el caso concreto analizar y determinar si las que se realizaron en la construcción del Emisario Submarino fueron acordes con las prácticas de ingeniería y con el contrato de obra y sus cargas, el PACC del contrato de obra y sus cargas y el contrato de interventoría y sus cargas; 3. Análisis de los fundamentos técnicos y de laboratorio bajo los cuales HALCROW GROUP LIMITED autorizó los cambios de diseño y materiales durante la ejecución de la obra de construcción del Emisario Submarino, con el fin de determinar si eran suficientes y pertinentes para garantizar la calidad de la obra. 4. Teniendo en cuenta los diseños originales del Emisario Submarino y sus características, las modificaciones realizadas, y los hechos previos y concomitantes en que se perdió el Emisario Submarino el 2 de diciembre de 2010, se solicita al perito que evalúe y determine 4.1. La pertinencia e incidencia de los cambios de diseño de los lastres, construcción, ensamblaje y traslado del Emisario Submarino en el resultado fatal del colapso de la tubería del Emisario Submarino 4.2. Las causas posibles del incidente en que se perdió el Emisario Submarino el 2 de diciembre de 2010. Para esta prueba se designará al perito en fecha posterior.

PRUEBA PERICIAL DE INGENIERO NAVAL, experto en navegación y cubierta o experto naval, que deberá pronunciarse en cuanto a la ruta programada para el transporte de la tubería del emisario submarino al lugar del hundimiento, el cumplimiento de su itinerario, así como también indicando en que se pudo afectar la carga transportada por las variaciones de la ruta, a su vez indicando como fue la navegación del convoy durante la maniobra de transporte y determinado si es posible transportar la tubería del emisario en dichas condiciones climáticas, así como el momento en el que se pudo abortar la operación con el fin de salvaguardar la carga y evitar el hundimiento de la misma.-

Adicionalmente, para que dictaminara sobre lo siguiente: 1) Cual es el plan de remolque y sus cálculos para transportar un emisario Submarino de las características del que colapso el día 2 de diciembre de 2010. 2. Establezca si las embarcaciones usadas en la maniobra de traslado de la tubería del emisario submarino el día Dos (2) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010), cumplían con todos los requerimientos técnicos para la realizar la operación, indicando si se encontraban en capacidad de llevar a cabo la maniobra de traslado de la tubería, estableciendo también la idoneidad de las naves, así como de los capitanes y funcionarios de **EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL Y HALCROW GROUP LIMITED** para dirigir y supervisar la maniobra de traslado de la tubería, como también determinar si se cumplieron todos los protocolos exigidos en las leyes colombianas, así como los

especiales diseñados para esta operación. 3. Determine si el plan de maniobra presentado por el consorcio EDT y no objetado por **HALCROW GROUP LIMITED** cumplía con todos los requisitos técnicos y de seguridad para realizar la maniobra de transporte de un emisario como el que se iba a transportar.-

Para tal fin, se designó como perito al Capitán de Navío Retirado Orlando Solórzano Martínez, quien consultado por el Tribunal manifestó no haber tenido, ni tiene relación con las partes de este proceso arbitral.

La parte convocante manifestó estar de acuerdo con la profesión y la especialidad del perito designado por el Tribunal, Capitán Orlando Solórzano Martínez.

EN CUANTO A LA PRUEBA SOLICITADA COMO DICTAMEN PERICIAL CONSISTENTE EN REQUERIR AL CENTRO DE INVESTIGACIONES OCEANOGRÁFICAS E HIDROGRÁFICAS DEL CARIBE – CIOH, entidad adscrita a la Dirección General Marítima – DIMAR, para que rinda informe sobre cuáles fueron y que se conceptuó en los avisos a los navegantes y los boletines científicos sobre el mar Caribe, en específico sobre el puerto de Cartagena entre los días Veinte (20) de Noviembre del Dos Mil Diez (2010) al Cinco (5) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010) y las condiciones climáticas de esos días, entre otras cosas, el Tribunal estimó que no se trata de una prueba pericial, sino de una prueba consistente en un Informe Técnico a cargo de dicho Centro, razón por la cual la decretó en tal forma.

E. Inspecciones Judiciales.

Se decretó la práctica de las siguientes inspecciones judiciales:

1. INSPECCIÓN JUDICIAL CON EXHIBICIÓN DE DOCUMENTOS en las oficinas de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR** ubicadas en la Carrera 13B No. 26-78 Edificio Chambacú, Sector Papayal, Barrio Toríces de Cartagena de Indias - Colombia, para constatar los documentos contractuales y demás soportes documentales relativos a los Contratos de Obra e Interventoría y relativos a las memorias de la construcción de los lastres y el emisario, a la maniobra de traslado, al incidente de ruptura y hundimiento no controlado, y a las labores de rescate y salvamento adelantadas. En desarrollo de esta inspección judicial, ordénase la práctica de los **TESTIMONIOS** a los señores **OSCAR GUTIERREZ** Gerente Financiero de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR** y el señor **ROBERTO PESTANA** contador de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR**, para que declaren por los pagos efectuados a **HALCROW Y EDT MARINE OUTFALL CARTAGENA**, así como los gastos por el salvamento y otros costos del proyecto del emisario submarino objeto de los hechos, fundamentos y pretensiones de esta demanda, los señores pueden ser notificados en la Carrera 13B No. 26-78 Edificio Chambacú, Sector Papayal, Barrio Toríces de Cartagena de Indias - Colombia.

2. INSPECCIÓN JUDICIAL CON INTERVENCIÓN DE PERITO, sobre los Lastres de construidos por parte de **EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL**, que se encuentran en la Planta de Tratamiento de Aguas Residuales de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR** ubicada en el Anillo Vial Corregimiento de Punta Canoas Km 4-400 de Cartagena de Indias - Colombia, para que mediante la inspección con perito examine y verifique los supuestos defectos, irregularidades y daños que presentan los lastres antes mencionados en virtud del proyecto del emisario submarino. Dentro de la misma inspección judicial decretase la práctica del **TESTIMONIO** al señor **MAXWELL MARTELO** Ingeniero de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR**, para que declare sobre los lastres y el por qué se encuentran en la planta, el señor puede ser notificados en la Carrera 13B No. 26-78 Edificio Chambacú, Sector Papayal, Barrio Toríces de Cartagena de Indias - Colombia. El Tribunal designará en el curso de esta diligencia al perito que intervendrá en ella.

Se decretaron los siguientes oficios:

F. OFICIOS.

1. Oficiese a la compañía **HALCROW GROUP LIMITED** con direcciones ElmsHouse, 43 Brook Green, Londres, W6 73F, Inglaterra, Av. Leandro N. Alem 884, Piso (C1001AAQ) de Buenos Aires, Argentina, Camino de Maillín 3212, Lo Barnecha, Santiago de Chile, Chile, Edificio Torre Empresarial, Carrera 3ra. No.100ª-6 Of. 805 Bocagrande, Cartagena de Indias, Colombia, Carrera 9ª No. 74-08, Oficina 504, Bogotá, Colombia, para que remita en copia autentica con destino a este proceso lo siguiente:
 - a. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para autorizar el cambio de diseños y construcción de lastres por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
 - b. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar las pruebas deslizamiento de lastres por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
 - c. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar la maniobra de transporte de la tubería al lugar de hundimiento por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, esto con el fin de verificar si **HALCOROW GROUP LIMITED** cumplió con su rol y funciones de interventora del proyecto al comprobar que la maniobra de transporte de la tubería al lugar del hundimiento

por el contratista era viable, aseguraba la estabilidad del proyecto y cumplían con las exigencias del proyecto.-

- d. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar la maniobra de hundimiento de la tubería por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- e. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar la reparación de la tubería los días previos al zarpe por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- f. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar el plan contingencia para la maniobra de transporte de la tubería al lugar de hundimiento por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- g. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar el uso de las embarcaciones que serían usadas para transportar la tubería al lugar del hundimiento por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- h. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar el personal que dirigiría la maniobra del transporte de la tubería al lugar del hundimiento por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- i. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar la inspección de la tubería previa salida para su transporte al lugar del hundimiento por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- j. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar prueba de hermeticidad de la tubería por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- k. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar la

solicitud de prórroga del contrato de obra por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.

- l. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar la solicitud de prórroga del contrato de obra por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- m. Los documentos, exámenes, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para aprobar el cambio de idioma de la maniobra de transporte de la tubería de español a hebreo por parte del contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- n. Los documentos, exámenes de laboratorio, memorias de cálculo, la valoración técnica y la conclusión técnica en que se soportó **HALCROW GROUP LIMITED** para no exigirle las pólizas de riesgo al contratista **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- o. Copia autentica de la propuesta técnica de la interventoría técnica y ambiental para la construcción del emisario submarino del Préstamo 4507-CO elaborada por **HALCROW CONSULTING ENGINEERS (HALCROW GROUP LIMITED)**.-

En caso que los documentos sean inexistentes, deberá expedirse constancia en tal sentido. Si es parcial la existencia de los documentos solicitados, se ordena hacer una relación de los documentos con una descripción, por lo menos sucinta de su contenido y que las respectivas certificaciones sean remitidas al presente proceso arbitral, así como también se solicita que se remitan todos los documentos en copia autentica que posea **HALCROW GROUP LIMITED** en relación al proyecto del emisario submarino de Punta Canoas.

Todo lo anterior referente a al contrato de interventoría CONSUL-02-BM-2008 del Cinco (05) de Noviembre del Dos Mil Ocho (2008), del contrato de obra civil ALC-01-BM-2008 suscrito con **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.-

- 2. Oficiese a la compañía **OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS – O.T.M**, con domicilio en Centro Comercial Bocagrande No. 8-146 Local 314, Cartagena de Indias, Colombia, para que certifique si la compañía **HALCROW GROUP LIMITED**, solicito lo siguiente: **1.** Contrato Celebrado con **EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL** y **OPERACIONES TÉCNICAS MARINAS – O.T.M** **2.** Especificaciones y Características de las embarcaciones a usar en la operación de transporte de la tubería del emisario submarino **3.** Hojas de Vida de los Capitanes y Tripulación de las embarcaciones, así como su idoneidad para la operación. **4.-** Plan de navegación para la maniobra de transporte de la tubería del emisario submarino. **5.-** Protocolos de seguridad para la operación y demás protocolos diseñados. En caso de que no se haya solicitado esta información por favor

certificar dicha situación y en su defecto que se remita dicha certificación al presente proceso arbitral, así como copia de todos los documentos antes mencionados y cualquier otro documento que se tenga en su poder referente a la construcción y el incidente del emisario submarino.-

3. Oficiese a la Procuraduría General de la Nación para que remitan en copia autentica todos los documentos, que tenga en su poder referente a la construcción y el incidente del emisario submarino ocurrido el Dos (02) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010).-
4. Oficiese a la Superintendencia de Sociedades para que remitan en copia autentica todos los documentos, que tenga en su poder referente a la construcción y el incidente del emisario submarino ocurrido el Dos (02) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010).-
5. Oficiese a la Administración PNN los Corales del Rosario y San Bernardo para que remitan en copia autentica todos los documentos, que tenga en su poder referente a la construcción y el incidente del emisario submarino ocurrido el Dos (02) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010).-
6. Oficiese a la empresa **MARITIME AND PORT ENGINEERING S.A. – MAPESA** y **BATIESTUDIOS S.A.S.**, para que remitan con destino a este proceso copia autentica de las barimetrías elaboradas, para el proyecto del emisario submarino, dichas empresas pueden ser notificadas en la Calle 77 B 57 141 P11, Barranquilla, Atlántico y los Corales Manz. K Lote 63, Cartagena, Bolívar, respectivamente.-
7. Oficiese al **BANCO MUNDIAL – BM** entidad en la siguiente dirección 1818 H Street, NW, Washington, DC 20433, Estados Unidos de América, para que remita con destino a este proceso:
 - a. Certificación de la calidad de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR** como representante del **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D., T. Y C.**-
 - b. Copia autentica del Project Appraisal Document (Documento de Evaluación del Proyecto) y a su vez se ordene la traducción oficial por una persona avalada por el Ministerio de Relaciones Exteriores.-
 - c. Certificación de que parte del crédito usado para el plan maestro de acueducto y alcantarillado de la ciudad de Cartagena de Indias D., T. y C., por parte de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.** es del componente del Emisario Submarino.-
 - d. Certificación de quién era el Jefe de Obra dentro del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 con **EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL.**-
8. Oficiese al FISCAL SECCIONAL QUINTO (5) DE CARTAGENA, para que remita con destino a este proceso, copia auténtica del informe elaborado por el señor **LEOPOLDO PELLÓN ARRIETA**

sobre las causas del incidente del emisario submarino del Dos (02) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010), así como también todos los documentos, que tenga en su poder referente a la construcción y el incidente de la tubería del emisario submarino.-

9. Oficiese a **PIPELIFE NORGE AS** con dirección 6650 Surnadal, Noruega, para que certifique las especificaciones técnicas de la tubería y el estado en que le fue entregado a **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL** y remita copia autentica del Manual Técnico para Instalaciones Submarinas de la Tubería de Polietileno.-
10. Oficiese a LA NOTARIA SEGUNDA DEL CÍRCULO DE CARTAGENA, para que remita con destino a este proceso, de las siguientes escrituras públicas:
 - a. Copia autentica de la escritura pública No. 5427 del Treinta (30) de Diciembre del Mil Novecientos Noventa y Cuatro (1994) de la Notaria Segunda de Cartagena donde se constituye la sociedad **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.-**
 - b. Copia autentica de la escritura pública No. 3181 del Diecisiete (17) de Septiembre de Mil Novecientos Noventa y Ocho (1998) de la Notaria Segunda de Cartagena por la cual se hace una reforma de la sociedad **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.-**
 - c. Copia autentica de la escritura pública No. 961 del Ocho (08) de Mayo del Dos Mil Tres (2003) de la Notaria Segunda de Cartagena donde se realiza una Reforma a los Estatutos Sociales de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.-**
 - d. Copia Autentica de la escritura pública No. 2399 del Dieciocho (18) de Julio de Mil Novecientos Noventa y Cinco (1995) de la Notaria Segunda de Cartagena por la cual se elevan los nuevos estatutos de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.-**
11. Oficiese a LA NOTARIA QUINTA DEL CÍRCULO DE CARTAGENA, para remita con destino a este proceso, de las siguientes escrituras públicas:
 - a. Copia autentica de la escritura pública No. 1125 del Primero (01) de Agosto del Dos Mil Cinco (2005), de la Notaria Quinta de Cartagena por la cual se hace una reforma social en la sociedad **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.-**
12. Oficiese a LA NOTARIA PRIMERA DEL CÍRCULO DE CARTAGENA, para que remita con destino a este proceso, de las siguientes escrituras públicas:
 - a. Copia Autentica de la escritura pública No. 1171 del Treinta y Uno (31) de Mayo del Dos Mil Uno (2001), de la Notaria Primera de Cartagena por la cual se realiza una reforma social a **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.-**

- b. Copia Autentica de la escritura pública No. 1677 del Treinta (30) de Junio del Dos Mil Nueve (2009), de la Notaria Primera de Cartagena por la cual se realiza un reforma de sociedad a **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR.**-
13. Oficiese a la firma **DELOITTE & TOUCHE** ubicada en la Carrera 7 No. 74-09 de Bogotá, Colombia, revisora fiscal y auditora de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. – ACUACAR**, para que certifique sobre las cuentas del Plan Maestro de Acueducto y Alcantarillado las usadas en el Emisario Submarino, identificado los costos del mismos y las fuentes de financiación de los para los contratos de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el Cinco (05) de Noviembre del Dos Mil Ocho (2008) con **HALCROW GROUP LIMITED** y del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 suscrito con **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL.**-
14. Oficiese a LA COMPAÑÍA **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, que puede ser notificada en las siguientes direcciones Bocagrande, Centro Ejecutivo Of. 601 Cartagena de Indias, Colombia – 124 AyaisParaskevis Street Yermasoya, P.O. Box 54548, Limassol, 3725 Chipre, para que certifique quién tenía la calidad de Jefe de Obra en su contrato, quién era el interventor en dicho contrato, quién tenía la dirección del proyecto, a quién le rendía cuentas, con quién se entendía y quién autorizo el cambio en el diseño en los lastres.-
15. Oficiese a LA SOCIEDAD **CH PERERIRA & CIA LTDA** que se encuentra ubicada en Olaya Herrera Calle San Antonio 54-138 Sector 11 De Noviembre. Cartagena de Indias, Colombia, para que remita con destino a este proceso las pruebas practicadas por ellos en laboratorio al concreto de los lastres construidos por **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL.**-
16. Oficiese al **BANCO DE CREDITO DEL PERU** que se encuentra ubicado en Calle Centenario 156, La Molina, Lima 12, Perú, para que respecto a la cuenta Corriente No. 201-04-00-07484100-9, certifique indicando donde está dicha cuenta, el nombre del titular de la misma, las consignaciones o giros efectuados por parte del BANCO MUNDIAL y otros, así como también especificando a quién fueron girados los egresos de dichas cuentas, haciendo énfasis en los pagos realizados a las sociedades **HALCROW GROUP LIMITED** y **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**, esto con el fin de establecer a quien fue desembolsado el préstamo del BANCO MUNDIAL y cuáles fueron los pagos efectuados a las anteriores sociedades.-
17. Oficiese al **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, NY** que se encuentra ubicado en 1435 6th Avenue New York, NY, Estados Unidos de América, para certificación de la Cuenta Corriente No. 2036, indicando dónde está dicha cuenta, el nombre del titular de la misma, las consignaciones o giros efectuados por parte del BANCO MUNDIAL y otros, así como también especificando a quién fueron girados los egresos de dichas cuentas, haciendo énfasis en los pagos realizados a las sociedades **HALCROW GROUP LIMITED** y **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA**

OUTFALL, esto con el fin de establecer a quien fue desembolsado el préstamo del BANCO MUNDIAL y cuáles fueron los pagos efectuados a las anteriores sociedades.-

- 18.** Oficiese al **SERVITRUST GNB SUDAMERIS** que se encuentra ubicado en la Av. Del Arsenal con Calle de la Marina No. 24-02, Barrio Getsemaní, Cartagena, Colombia, para certificación de las Cuenta de Ahorros No. 90550878110, No. 90550878130, No. 90550883120, No. 90550893320, indicando dónde están dichas cuentas, el nombre del titular de la mismas, las consignaciones o giros efectuados por parte del BANCO MUNDIAL y otros, así como también especificando a quién fueron girados los egresos de dichas cuentas, haciendo énfasis en los pagos realizados a las sociedades **HALCROW GROUP LIMITED** y **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- 19.** Oficiese al **BANCO DE OCCIDENTE** que se encuentra ubicado en la Av. San Martin No. 6-94, Cartagena, Colombia, para certificación de la Cuenta de Corriente No. 830086476, indicando dónde están dichas cuentas, el nombre del titular de la mismas, las consignaciones o giros efectuados por parte del BANCO MUNDIAL y otros, así como también especificando a quién fueron girados los egresos de dichas cuentas, haciendo énfasis en los pagos realizados a las sociedades **HALCROW GROUP LIMITED** y **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- 20.** Oficiese al **BANCO COLPATRIA** que se encuentra ubicado en Bocagrande Cra. 4 No. 6-79, Cartagena, Colombia, para certificación de la Cuenta de Ahorros No. 4242081000, indicando dónde están dichas cuentas, el nombre del titular de la mismas, las consignaciones o giros efectuados por parte del BANCO MUNDIAL y otros, así como también especificando a quién fueron girados los egresos de dichas cuentas, haciendo énfasis en los pagos realizados a las sociedades **HALCROW GROUP LIMITED** y **EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL**.
- 21.** Oficiese al Centro de Investigaciones Oceanográficas e Hidrográficas del Caribe – CIOH entidad adscrita a la Dirección General Marítima – DIMAR, para que rinda informe técnico sobre cuáles fueron y que se conceptuó en los avisos a los navegantes y los boletines científicos sobre el mar Caribe, en específico sobre el puerto de Cartagena entre los días Veinte (20) de Noviembre del Dos Mil Diez (2010) al Cinco (5) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010), a su vez dentro del informe se debe señalar todas las condiciones climáticas de esos días, indicando si era prudente realizar una maniobra como la transporte de la tubería del emisario submarino, así como también indicando cual era la altura de las olas y cuáles fueron los momentos más críticos en cuestiones de clima, recordando una vez más que debe ser el informe de los días Veinte (20) de Noviembre del Dos Mil Diez (2010) al Cinco (5) de Diciembre del Dos Mil Diez (2010), en lo referente al área del puerto de Cartagena.

Serán de cargo del peticionario los costos que llegaren a generarse con motivo de la respuesta a los oficios decretados, por lo que, al fijarse por la respectiva entidad el valor de las copias, la parte en cuestión procederá a su cancelación en un término razonable. Estos oficios serán entregados a la parte Convocante para su trámite.

G. TRASLADO DE PRUEBAS.

Se decretó el siguiente traslado de pruebas:

1. Respecto a la Capitanía de Puerto de Cartagena, copia del auténtica del Expediente No. 15012010-005, con el fin de ser tenidas en cuenta en este proceso arbitral, con los alcances de prueba trasladada, las pruebas practicadas dentro del proceso antes mencionado, en especial:
 - a. Todas las Pruebas Documentales que reposan en el Expediente No. 15012010-005, incluyendo todas las audiencias públicas surtidas en desarrollo de la investigación adelantada.
 - b. Los Peritazgos y sus aclaraciones, elaborados por el Señor Carlos Martínez Mendoza; perito ingeniero, el Señor Jaime Plazas Castro, perito de navegación y cubierta con el fin de determinar el estado del Tubo Emisario Submarino.-
 - c. Los testimonios, efectuados en: Audiencia del día Dieciocho (18) de Enero del Dos Mil Once (2011), donde declaro el señor **ALEJANDRO ALBERTO LABBE FLUHMAN**, representante legal de la empresa **HALCROW GROUP LIMITED** y el señor **JORGE ENRIQUE BOBADILLA** en calidad de capitán del remolcador **SALVADOR**. En audiencia el día Treinta (31) de Enero del Dos Mil Once (2011), donde declaró el señor **JOSE DOMINGO SALAZAR ALVAREZ** en calidad de capitán del remolcador **SERVIPOINT I**, el señor **MARCIAL PUERTA VALDEZ** en calidad de capitán del remolcador **ALEX**. La audiencia del día siete (07) de Febrero del Dos Mil Once (2011), donde se recibió la declaración del señor **EDISON ANTONIO BATISTA** en calidad de capitán del remolcador **HERCULES**, el señor **JORGE ALFONSO MARTINEZ PARDO** en calidad de Representante Legal de la sociedad Operaciones Técnicas Marinas S.A.S. (OTM). Los testimonios del día Once (11) de Febrero del Dos Mil Once (2011), donde fue llamado a declarar el señor **JORGE ALFONSO GUERRERO DAZA** en calidad de piloto practico, el señor **CARLOS EDUARDO POLANIA MALAGON** en calidad de perito naval y el señor **ENOC VALETA CASTELLO** controlador de tráfico marítimo de la Estación San José. La declaración del Quince (15) de Febrero del Dos Mil Once (2011), rendida por el señor **JORGE ANTONIO MARTÍNEZ BUSTAMANTE** en calidad de jefe de operaciones de

Operaciones Técnicas Marinas S.A.S. (OTM), en la misma fecha se llamó a declarar al señor **LIZARDO RAFAEL CARO MARTINEZ** en calidad de controlador de tráfico marítimo de la estación San José en continuación de audiencia el día dieciséis (16) de Febrero del Dos Mil Once (2011) declaro el señor **LUIS CARLOS VARGAS VERGARA** en calidad de encargado de la estación de control de tráfico marítimo de San José, el día veintiuno (21) de Marzo del Dos Mil (2011) declaro el señor **LUIS ALFONSO PINZON** en calidad de gerente de proyectos y obras de **AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P.** y el testimonio del señor **LUIS ANGEL MUÑOZ**, buzo.-

- d. Las Inspecciones marítimas realizadas tras la ocurrencia del siniestro.-
 - e. La información allegada por el Consorcio **EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL** y la Interventora **HALCROW GROUP LIMITED**.
 - f. La información Allegada por las empresas, propietarios, armadores, capitanes y agentes de las embarcaciones que participaron en las operaciones marítimas de transporte del Emisario Submarino de Bahía Honda hasta Punta Canoa.-
2. Respecto a la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, copia autentica del Proceso de Responsabilidad Fiscal, que se lleva en ocasión del Incidente del Emisario Submarino de Radicación No. 016 del 2011. Con el fin de Trasladar las pruebas practicadas dentro del proceso antes mencionado en especial: Las declaraciones rendidas en el proceso y las pruebas documentales aportadas.-

Una vez se alleguen al expediente los documentos antes relacionados, el Tribunal verificará que se encuentren acreditados los requisitos señalados en el artículo 185 del C. de P.C. para valorarlos como prueba trasladada.

II. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA PARTE CONVOCADA EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:

A. Documentos aportados

Téngase como tales, con el valor que les asigna la ley, los documentos aportados por la parte Convocada junto con la contestación a la demanda y la contestación a la reforma de la demanda, enunciados y numerados en el acápite III. "Documentales:", documentos del 1 al 76.

B. TESTIMONIALES

Se decretó la práctica de los siguientes testimonios: Sylvana Cecilia Narváez Ruiz, Ricardo Cristian Díaz Muñoz, Manuel Guillermo Pérez, Georg Welzel, Judith Pinedo Flórez, y Capitán Carlos Polanía Malagón,

C. OFICIOS Y TESTIMONIO:

Se decretó oficiar a la Capitanía de Puerto de Cartagena, para que informe a este Tribunal el nombre del funcionario de esa autoridad marítima que se encontraba en la Estación San José el 2 de diciembre de 2010, en el momento en el que ocurrió el incidente del Emisario Submarino, y decrétese la recepción de su testimonio.

D. DECLARACIÓN DE PARTE:

En la medida en que mediante auto No. 12 este Tribunal asumió competencia únicamente respecto del Distrito, ha considerado que ACUACAR no es parte de este Tribunal de Arbitramento, la prueba de declaración de parte del representante legal de ACUACAR será sustituida por el decreto y práctica del testimonio del señor FRANCISCO PEREZ TENA.

SEGUNDO: Sin perjuicio del decreto de pruebas, el Tribunal de Arbitramento se reserva la atribución de limitar la práctica de las pruebas decretadas, en la medida en que estime que de las pruebas que se hayan practicado se ha obtenido suficiente ilustración sobre los hechos de la controversia deferida a su conocimiento. De igual manera, se reserva la facultad de decretar pruebas de oficio, cuando estime que ellas son necesarias para mejor proveer.

Providencia que fue notificada en estrado y respecto de la cual no se interpuso recurso alguno, las partes y el agente del Ministerio Público manifestaron su aceptación. (Folios 1257 al 1277 tomo 3)

N. ETAPA PROBATORIA DEL PROCESO ARBITRAL, SU DESARROLLO Y CULMINACIÓN.

En cuantos a las pruebas testimoniales decretadas y practicadas en el proceso:

En cuanto al Testimonio del señor MAURICIO SANCHEZ SANCHEZ, esta prueba fue practicada en fecha 14 de noviembre de 2012, consta acta No. 10. Transcrita la declaración se corrió traslado legal mediante auto No. 25 (folio 1390 tomo III, 1257 tomo IV)

Testimonio del señor MANUEL GUILLERMO PEREZ C., esta prueba fue practicada en fecha 14 de noviembre de 2012, consta en acta No. 11(folio 1393), el testigo allegó documentos sobre cálculos de los compensadores (folios 1396 al 1402), presentación de EDT sobre la maniobra para el transporte e instalación del emisario submarino. De estos documentos se corrió traslado en audiencia en el auto No. 20 (FL 1492, 1493 CD tomo III), (folio 1504 tomo III)

Testimonio LUIS A. PINZON CORCHO, prueba practicada como consta en el acta No.12, (folio 1504 al 1506 tomo III). Mediante oficio No. 04 de abril de 2013, se recibió un CD contentivo de los costos del proyecto, de esto se informó en audiencia y se corrió traslado legal. (Folios 1411, 1453 y 1455 tomo IV)

Testimonio del señor LEOPOLDO PELLON ARRIETA, esta prueba fue practicada en fecha 15 de marzo de 2013, así consta en acta No. 17, el testigo aportó documentos y se corrió traslado de los mismos (folio 1336, 1338 al 1376 tomo IV), adicionalmente el testigo allegó su hoja de vida (folios 1596 al 1604 tomo IV). De la transcripción de este testimonio se corrió traslado en auto No. 36 (folio 1706 del tomo V).

El testimonio de JAIRO WATTS PAJARO, esta prueba fue practicada en fecha 1 de febrero de 2013, tal como consta en el acta No. 14, folio 1255, una vez transcrita se corrió el traslado legal en auto No. 36 (folio 1706 del tomo V).

En cuanto al testimonio del señor LUIS ANGEL MUÑOZ, prueba practicada en fecha 14 de febrero del año 2013, tal como consta en el expediente, de la misma se corrió traslado mediante auto No. 34 de fecha 23 de abril de 2013 (folios 1293, 1294, 1455 del tomo IV)

Testimonio JUDITH PINEDO FLOREZ, prueba practicada en fecha 23 de abril de 2013, así consta en acta a folio 1450 del tomo IV, una vez transcrita se corrió el traslado legal en audiencia a folio 1894 del tomo V, auto No. 38.

Testimonio ALEJANDRO LABBE FLHUMAN, esta prueba fue practicada en fecha 30 de enero de 2013, acta No. 14, en desarrollo de esta audiencia el testigo aportó un texto denominado "Marine Wastewater Outfalls and Treatment Systems", y tres presentaciones impresas, de estos documentos se corrió traslado mediante auto No. 25 (folios 1163 al 1244, 1249, 1250 y 1257 tomo IV), una vez transcrita la declaración se corrió traslado legal en auto No. 36 (folio 1706 tomo V).

Testimonio FRANCISCO PEREZ TENA, esta prueba fue practicada el 30 de enero de 2013, acta No. 14, el testigo allegó documentos de los cuales se informó en audiencia. De la declaración transcrita y de los documentos aportados se corrió traslado en auto No. 34 de fecha 23 de abril de 2013 (folios 1252, 1253, 1412 al 1427, 1455 tomo IV)

El testimonio CAPITAN CARLOS POLANIA MALAGON, prueba practicada en fecha 22 de abril de 2013, el testigo aportó documento (folio 1444, 1445, 1558 y 1559 tomo IV,). Del mismo se corrió traslado legal en audiencia, auto No. 36 (folio 1706 tomo V)

El testimonio ENOC VALETA, prueba practicada en fecha 22 de abril de 2013, audiencia cuya acta reposa en el expediente, transcrita la declaración, se corrió el traslado legal mediante auto No. 38. (Folios 1442 del tomo IV y 1814 del tomo V)

TESTIMONIO ANDRES MORALES, prueba practicada en fecha 22 de abril de 2013. Transcrita la declaración se corrió traslado legal mediante auto No. 38. (Folios 1443 del tomo IV y 1814 del tomo V)

TESTIMONIO LIZARDO CARO, prueba practicada en fecha 4 de junio de 2013, acta No. 19. Transcrita la declaración se corrió traslado legal mediante auto No. 38. (Folios 1702 y 1814 del tomo V).

TESTIMONIO OSWALDO JARAMILLO, prueba practicada en fecha 4 de junio de 2013, practicada acta No. 19. Transcrita la declaración se corrió traslado legal mediante auto No. 38 (folio 1701 y 1814 del tomo V)

TESTIMONIO OSCAR LAYUNO, prueba practicada en desarrollo de la inspección judicial practicada en la Oficina de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P., en fecha 22 de abril de 2013, sede Chambacú de Indias, acta No. 18, aportó documentos del cual se corrió traslado (folio 1447, 1448 Tomo IV). Adicionalmente el testigo allegó información que le fue solicitada por el Tribunal de Arbitramento, documentos de los cuales se corrió traslado legal en auto No. 38 (Folios 1790 al 1804, 1814 del tomo V)

TESTIMONIO DE MAXWEL MARTELO, prueba practicada en desarrollo de la inspección judicial en ACUACAR sede anillo vial planta de tratamiento, sobre lastres, la misma fue transcrita, y puesta en traslado a las parte y al agente del Ministerio Público. (Folios 1249, 1259B, tomo IV)

En cuantos a las pruebas testimoniales decretadas y desistidas en el proceso:

En cuanto a los testimonios decretados para ser rendidos por los señores IAN LARSEN, RICARDO CRISTIAN DIAZ, SYLVANA CECILIA NARVAEZ RUIZ, NAZARIO AGUDELO, LUIS ERNESTO CRIALES, GREGORIO OTERO REBOLLO, JORGE ALFONSO MARTINEZ P., JAIME PLAZAS, CARLOS MARTINEZ, JOSE D. SALAZAR ALVAREZ, MARCIAL PUERTA VALDEZ, EDINSON ANTONIO BATISTA, JORGE MARTINEZ BUSTAMANTE, GUSTAVO VICTOR GONELLY, GEORG WELZEL Y LUIS VARGAS, ROBERTO PESTANA estos testimonios fueron decretados en el curso del proceso arbitral, pero antes de ser practicadas, fueron objeto de desistimiento por la parte que las solicitó, petición que acogió el Tribunal de Arbitramento por ser procedente. (Folios 1254, 1257, 1329, 1330, 1454, 1455, 1447, 1448 tomo IV, 1704, 1705 tomo V)

INTERROGATORIO DE PARTE absuelto por el Representante legal de la parte Convocada Halcrow Group Limited, señor OSWALDO MANETTI, en audiencia de fecha 23 de abril de 2013, con posterioridad aportó documentos de cuales se corrió traslado legal, (Folio 1451, 1452 tomo IV, 1667 al 1698, 1706 Tomo V)

Dictámenes Periciales decretados y practicados en el proceso arbitral.

DICTAMEN PERICIAL CONTABLE, rendido por la firma INTEGRAL AUDITORES Y CONSULTORES S.A., dictamen que fue objeto de aclaraciones y complementaciones, contenido en cuaderno anillado anexo al cuaderno principal.

Posteriormente complementada la solicitud decretada de oficio por el Tribunal de Arbitramento mediante auto No. 38, surtido el traslado legal, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones que fueron resueltas por el perito, por último se presentó objeción por error grave parcial propuesta por la parte Convocante y se corrió el respectivo traslado, la parte Convocada solicitó que se declare infundada la objeción. (folios 1291 al 1292, 1355 al 1360 Tomo III, 1812 y 1813, 1830 al 1854, 1860 al 1875, 1895 al 1924, 1978 al 1999, 2066, 2068 al 2077 Tomo V)

PRUEBA PERICIAL INGENIERO CIVIL, rendido por el Ingeniero Daniel Flórez P., reposa en el expediente empastado y anexo al cuaderno Principal. El mismo fue objeto de aclaraciones y complementaciones a solicitud de la parte Convocante, y fue objetado por error grave por la parte Convocada, de la objeción se corrió traslado a las partes del proceso y al Agente del Ministerio Público (folios 1507 al 1542 Tomo IV, 1734 al 1751 Tomo V).

PRUEBA PERICIAL INGENIERO NAVAL, rendido por el Capitán Orlando Solórzano, reposa en carpeta anexa al cuaderno principal, surtido el traslado legal fue objeto de aclaraciones y complementaciones, y no fue objetado por error grave. (FL 1329, 1355 al 1360 Tomo III, 1328, 1331 del Tomo IV)

Todos los peritos hicieron en audiencia la exposición sobre su idoneidad y la metodología aplicada en la elaboración de sus dictámenes, igualmente se pronunciaron sobre solicitudes de aclaraciones y complementaciones presentadas por los apoderados de las partes, conforme lo ordenó el Tribunal en el auto No. 34 del 23 de abril de 2013. Los peritos presentaron su informe de inversión de gastos y fueron aprobados en audiencia. (Folios 1440 al 1441, 1455, 1457 al 1489 del tomo IV, 2101 2105 tomo V).

Inspecciones Judiciales decretadas y practicadas en el proceso arbitral.

INSPECCION JUDICIAL EN ACUACAR S.A. E.S.P, decretada la inspección judicial en el auto No. 29, se practicó en fecha 22 de abril de 2013, en la sede del edificio Chambacú, sector Papayal, con el objeto de inspeccionar los documentos del Contrato de Interventoría y de obra para la Construcción del emisario submarino de Cartagena, en curso de ella se recibió el testimonio OSCAR GUTIERREZ LAYUNO, y se desistió el de ROBERTO PESTANA (Folios 1331, 1446 al 1448 tomo IV)

INSPECCION JUDICIAL EN ACUACAR, sede Anillo Vial (Punta Canoa), en la planta de tratamiento, con el propósito de inspeccionar los lastres objeto de esta prueba, esta prueba se practicó con la intervención del perito Daniel Flórez, en desarrollo de la misma se recibió la declaración del Ing. Funcionario de ACUACAR, MAXWEL MARTELO, (folio 1249, 1259B tomo IV)

Oficios decretados y emitidos en este proceso arbitral.

Oficio del 1 de noviembre de 2014 emitido a HALCROW GROUP LIMITED, del mismo se recibió respuesta después de haber sido requerido por el Tribunal de Arbitramento, de dichos documentos se corrió traslado legal en el auto No. 36 y la parte Convocante se pronunció al respecto (folios 1612 al 1698, 1706, 1710 al 1731 tomo V, 1453, 1336, 1455, 1579 del tomo IV) |

Oficio OTM OPERACIONES TECNICAS MARINAS, en el auto No. 47 se requirió a la entidad para que diera respuesta al oficio, se recibió el 27 de diciembre de 2013, (folios 1336, 1453 al 1455 Tomo IV, folio 2080, 2094 tomo V),

Respecto al oficio de SUPERSOCIEDADES, se recibió respuesta mediante oficio de fecha 5 de diciembre de 2012, así se informó en audiencia, reposan los documentos en carpetas que hacen parte del expediente (858 folios recibidos), (folio 1550 tomo III), (folios 1273 al 1275, 1291 tomo IV).

Con respecto al oficio emitido a MAPESA S.A. Y BATIESTUDIOS, la respuesta de MAPESA reposa en el expediente a folio 1349, con la cual adjuntaron un CD con información de trabajos realizados a

la firma EDT MARINE CONSTRUCTION con relación al proyecto del emisario submarino. En cuanto a la firma BATIESTUDIOS FL. la misma presentó solicitud aclaración sobre la batimetría requerida. (1348). De lo anterior se informó a las partes y al Agente del Ministerio Público en la audiencia de fecha 27 de noviembre de 2012, (folio 1507 tomo III)

Respecto al oficio remitido al BANCO MUNDIAL-BM, previo requerimiento se recibió oficio de respuesta original de esta entidad. (Folios 1336, 1581 al 1582, 1428 al 1430, 1397, 1453 todos del tomo IV).

Mediante oficio recibido del FISCAL SECCIONAL NO. 5 DE CARTAGENA, se informó la disposición para la fotocopia del informe rendido por el señor Leopoldo Pellón Arrieta, se realizaron las reproducciones y reposan en el expediente (folio 1296, 1316 al 1323, 1328 TOMO IV),

Oficio DELOITTE, este fue emitido, hubo requerimientos a solicitud de la parte Convocante, se recibió respuesta el 26 de noviembre de 2013, (folios 1335, 1336, 1391 1496, 1498 TOMO IV, 1976 y 1977 tomo V).

Oficio EDT MARINE CONSTRUCTION C.O, este oficio fue remitido y no se recibió respuesta. (Folios 1427 Tomo III, 2064 tomo V)

Respecto al oficio emitido al BANCO DE CREDITO DEL PERU, se recibió respuesta vía email el 12 de diciembre de 2012; (folios 1332, 1421 AL 1423, 1547 AL 1549 Tomo III).

En cuanto al oficio emitido al BANCO SERVITRUST GNB SUDAMERIS, se recibió la respuesta, así se informó en audiencia (folio 1333, 1362 al 1386, 1508 tomo III).

Oficio BANCO DE OCCIDENTE, no se recibió respuesta y posteriormente fue desistido (folios 1439 tomo III), FL. 1334, FL 1439 AL 1440.

Oficio del BANCO COLPATRIA, se recibió respuesta en fecha 26 de noviembre de 2012, igualmente se informó en audiencia (folios 1517 AL 1541, 1437, 1438, 1508 Tomo III)

El oficio emitido a la CAPITANIA DE PUERTO DE CARTAGENA, fue respondido en comunicación No. 15201204853 con relación a los funcionarios que se encontraban en la estación San José el día del incidente, y se informó en audiencia (folios 1489, 1330 y 1508 Tomo III)

Sobre Oficio emitido al CIOH, Centro de Investigaciones Oceanográficas, se recibió respuesta que reposa en el expediente y así se informó en audiencia (el 1406, 1508, 1312, el 1433 tomo III)

Oficio dirigido a PIPELIFE NORGE AS, se recibió respuesta consistente en una carpeta contentiva del documento "Manual Técnico para Instalaciones submarinas de tuberías de polietileno", de este se informó en audiencia (folio 1424, 1488, 1508 tomo III)

Oficio dirigido a la Capitanía de Puerto de Cartagena, conforme a lo ordenado en el auto No. 36 para que remitan con destino al proceso el documento "Manual de Procedimientos para el control de tráfico Marítimo", se recibió en respuesta un documento CD (folios 1706, 1752 tomo V).

Oficio emitido a la Capitanía de Puerto de Cartagena y Halcrow Group Limited, conforme a lo ordenado en el auto No. 47, se recibió respuesta de Halcrow Group Limited y de la Capitanía de Puerto de Cartagena (folios 2080, 2087, 2088, 2089, 2090, 2092, 2093, 2106 al 2113 tomo V)

Oficio CH PEREIRA Y CIA LTDA, no fue respondido a pesar de requerimiento a solicitud de parte Convocante, se ordenó en el auto No. 47. (Folio 1336, 1392, 1490, 1491 Tomo IV, Folio 2064 tomo V).

OFICIOS DESISTIDOS:

En su oportunidad fueron desistidos por la parte Convocante que solicitó la prueba, los oficios emitidos a la PROCURADURIA GENERAL NACION, LA ADM PNN LOS CORALES DEL ROSARIO Y SAN BERNARDO, NOTARIAS DEL CIRCULO DE CARTAGENA Y BANCOS no respondidos, (Folios 1335 y 1336 Tomo IV).

OFICIOS recibidos por el Tribunal de Arbitramento, provenientes de la Fiscalía General de la Nación y Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, solicitando fotocopias de los dictámenes periciales rendidos por los peritos Daniel Flórez, Capitán de Navío ® Orlando Solórzano e Integra Auditores y Consultores S.A. (folios 1806, 1807, 1821 al 1824 del Tomo V)

Prueba trasladada:

Traslados de pruebas CAPITANIA DE PUERTO DE CARTAGENA, se recibió respuesta mediante oficio CP-05 jurídica, se informó en audiencia, se recibieron los documentos, 1172 folios y reposan en el expediente en seis (06) carpetas anexas al cuaderno principal (1157, 1247, 1270 tomo IV.)

Traslados de pruebas practicadas en la CONTRALORIA DISTRITAL DE CARTAGENA DE INDIAS, se recibieron los documentos relacionados según oficio externo DTRFAJ, oficio Externo 007 emitido por esa entidad, se recibieron los folios (753) organizados en tres (03) carpeta anexas al expediente principal, se informó en audiencia. (Folio 1156, 1247 Tomo IV). Se recibieron nuevas actuaciones, mediante oficio 234, de esto se informó en audiencia (folios 1706, 1753 al 1765, 1782 tomo V).

O. AUDIENCIA DE CIERRE DE LA ETAPA INSTRUCTIVA.

En audiencia del 14 de enero de 2014, se cerró la etapa instructiva del proceso arbitral, previa revisión con las partes y el agente del Ministerio Público, de todas las diligencias surtidas con relación al tema probatorio, en esa oportunidad tanto las partes como el agente del Ministerio Público manifestaron expresamente su conformidad con lo actuado hasta la fecha. (Folio 2119)

P. AUDIENCIA DE ALEGACIONES.

La audiencia de alegaciones en este proceso arbitral, se celebró el día 20 de enero de 2014, en donde los apoderados de las partes y Agente del Ministerio Público presentaron sus alegaciones verbalmente y por escrito, se fijó como fecha para la audiencia de laudo arbitral, el día 6 de mayo de 2014.

Q. OTRAS ACTUACIONES.

El día primero de abril de 2014, el Tribunal de Arbitramento recibió de la parte Convocada, correo electrónico en donde se relacionan varios documentos, como son 2 decisiones tomadas por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, el auto del 18 de diciembre de 2013 proferido por el Tribunal Administrativo de Bolívar dentro del proceso de reparación directa No. 13001-23-33-000-2013-00143-00, y el Recurso de Reposición contra el auto del 18 de Diciembre de 2013 interpuesto por el apoderado del Distrito de Cartagena y de Acuar en dicho proceso. Adicionalmente, el 2 de abril de 2014 fue presentado en la oficina del Doctor José Vicente Guzmán Escobar, Árbitro Presidente, el memorial con el que se allegan en copia física los documentos mencionados en el correo electrónico y se anexan los mismos en copia simple (Folios 2466 al 2588 Tomo VI)

En audiencia celebrada el día 6 de mayo de 2014, el Tribunal de Arbitramento resolvió decretar de oficio para ser valorados como pruebas, la incorporación de copias auténticas de las decisiones a que se ha hecho alusión en el punto 17, para lo cual se ordenó por Secretaría la expedición de los oficios correspondientes. Adicionalmente se fijó como nueva fecha para audiencia de laudo el día 9 de junio de 2014. El día 13 de mayo de 2014, la suscrita secretaria recibió de la secretaria del Tribunal Administrativo las copias de las providencias requeridas a ese administrador de justicia. El día 9 de mayo de 2014, fueron recibidas por secretaria las copias de las providencias solicitadas a la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias (folios que reposan en carpeta anexa al expediente del proceso arbitral).

R. AMPLIACIÓN OFICIOSA DEL TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL, APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 70 DE LA LEY 80 DE 1993.

El Tribunal de Arbitramento en uso de la facultad prevista por el artículo 70 de la ley 80 de 1993, aplicable a este proceso arbitral puesto que no está regido por la ley 1563 de 2012, sino por la legislación arbitral anterior y vigente al momento de iniciar este proceso arbitral, decretó de oficio la ampliación del termino de duración de este proceso arbitral por tres (03) meses más, contados a partir del vencimiento del término inicial establecido en la ley de seis (06) meses, incluidas las suspensiones que se hayan efectuado en el presente trámite y que se relacionan a continuación.

S. OPORTUNIDAD DEL LAUDO ARBITRAL FRENTE AL TÉRMINO DEL TRÁMITE.

Este laudo arbitral se profiere en oportunidad legal, de conformidad con todas las suspensiones del proceso arbitral que de común acuerdo han solicitado las partes con la anuencia del Ministerio Público en las diferentes oportunidades, en atención al decreto que el Tribunal de Arbitramento ha hecho de

las mismas, el término del proceso arbitral se ha adicionado en 421 días calendario, contados a partir del día 2 de abril de 2013. Estas suspensiones se relacionan a continuación:

Providencia	Periodo de suspensión	No. días calendario	Total días adicionados
Auto no. 16 folio 1278-tomo III	Entre 5 /10/12 hasta 12/11/12	39	39
Auto no. 22 folio 1509-1510 tomo III	Entre 1/12/12 hasta 29/01/13	60	60
Auto no. 25 folio 1258 tomo IV	Entre 2/02/13 hasta 11/02/13	10	10
Auto no. 30 folio 1336 tomo IV	Entre 16/03/13 hasta 18/04/13	34	34
Auto no. 34 folio 1456 tomo IV	Entre 24/04/13 hasta 19/05/13	26	26
Auto no. 36, folio 1705 – 1706 tomo V	Entre 01/07/13 hasta 15/08/13	46	46
Auto no. 36, folio 1705- 1706 tomo V	Entre 07/06/13 hasta 13/06/13	7	7
Auto no. 38 folio 1814 tomo V	Entre 24/09/13 hasta 14/10/13		21
Auto no. 42 folio 1886 tomo V	Entre 08/11/13 hasta 20/11/13	13	13
Auto no. 46 folio 2066 tomo V	Entre 07/12/13 hasta 13/01/14	38	38
Auto no. 46 folio 2066 tomo V	Entre 15/01/14 hasta 19/01/14	5	5
Auto No. 52 del Tomo VI	Entre 21/01/14 hasta 05/05/14	105	105
Auto No. 54 del Tomo VI	Entre 09/05/4 hasta 25/05/14		17
Total Suspensiones del Proceso Arbitral			421

Adicionalmente, se deja constancia de que el término de duración del proceso arbitral fue ampliado de oficio por tres (03) meses más contados a partir del vencimiento del término inicial establecido en la ley incluida las suspensiones relacionadas, tal como se detalla en el punto 19 de estos antecedentes.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. Objeciones a los dictámenes periciales

1. Previo a proceder al pronunciamiento respecto del fondo de la controversia objeto de la presente decisión, el Tribunal entrará a decidir respecto de las objeciones por error grave formuladas por las partes a los dictámenes periciales rendidos dentro del trámite arbitral, haciendo las siguientes precisiones:

A. Consideraciones generales sobre el error grave en un dictamen pericial

2. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, las partes pueden controvertir los dictámenes periciales presentados mediante la formulación de aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave, siendo ésta última aquella que “se presenta a la mente de cualquier persona de pensamiento sano y que de no haberse incurrido en él otro sería el resultado del dictamen”³⁰¹. En palabras del Consejo de Estado:

“A manera de conclusión puede afirmarse que para la prosperidad de la objeción por error grave es preciso que el dictamen esté elaborado sobre bases equivocadas, de una entidad tal que conduzcan a conclusiones equivocadas; estas equivocaciones deben recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.

*Los errores o equivocaciones bien pueden consistir en que se haya tomado como objeto de observación y estudio uno diferente a aquél sobre el cual debió recaer el dictamen o que se hayan cambiado las cualidades o atributos propios del objeto examinado por otros que no posee, de una forma tal que de no haberse presentado tales errores las conclusiones del dictamen hubieren sido diferentes, como ha expresado la jurisprudencia, el dictamen se encuentra “en contra de la naturaleza de las cosas, o la esencia de sus atribuciones”.*³⁰²

En este sentido, el error grave aducido como fundamento de la objeción por la parte procesal debe revestir un grado de obvedad y contradicción con la realidad de los hechos objeto del dictamen, que del análisis objetivo y concreto que se haga de los argumentos se concluya de manera clara y simple el error, el cual por demás debe ser determinante de las conclusiones a las que llegó el perito o conducir a un yerro de igual entidad las deducciones efectuadas por éste, tal como lo consigna el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

En consecuencia, no constituyen un error grave en sí mismo los desacuerdos o divergencias de opinión entre dos o más expertos³⁰³, ni las diferencias de criterio relativas a las metodologías adoptadas por los peritos, pues tales aspectos pertenecen a la órbita del juez en el marco de su función de evaluación y ponderación del acervo probatorio, quien está legalmente facultado como parte de su labor de estudiar el dictamen pericial para

³⁰¹ JAIRO PARRA QUIJANO, *Manual de Derecho Probatorio*, Décima Quinta Edición, Bogotá, Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2006. p. 638.

³⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 15 de abril de 2010, expediente 18.014.

³⁰³ Tribunal de Arbitramento de Unidad Administrativa de la Aeronáutica Civil contra Compañía de Desarrollo Aeropuerto el Dorado S.A. CODAD, folio 48.

determinar su pertinencia, conducencia y utilidad dentro del proceso puesto en su conocimiento, con base en los argumentos fácticos y jurídicos a que haya lugar.

3. Es así como, la parte que aduce un error grave en un dictamen pericial debe cumplir con el deber procesal de precisar e individualizar el error encontrado en el mismo, aportar o solicitar las pruebas que considere necesarias para demostrarlo, y acreditar que dicho error fue determinante en las conclusiones del perito o que de éstas deriva el error.

B. Las objeciones presentadas contra el dictamen pericial elaborado por Íntegra Auditores Consultores S.A.

4. El primer error grave que aduce la parte convocante se refiere a la respuesta del perito a la solicitud de complementación del dictamen pericial en la cual se solicitaba precisar los pagos y gastos que se derivan o son consecuencia directa de accidente del emisario submarino. Para fundamentar su objeción, la parte convocante, luego de citar jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la ampliación del dictamen pericial, manifiesta que en la aclaración n° 7 existe un error que cuantifica en \$1.507.098.635, suma que es el resultado de tomar el monto de la salida de materiales por \$1.510.954.955 y restarle \$3.856.230, valor que surge como diferencia en una relación presentada por el perito frente una presentada por ACUACAR y que se considera que no fue incluida correctamente en el dictamen pericial.

5. Para resolver la objeción presentada, el Tribunal recuerda que en la aclaración n° 7 el perito respondió que los pagos y gastos que son consecuencia del accidente ascienden a \$50.293.876.583, y los del proceso constructivo normal a \$9.516.845.273, presentando a continuación dos cuadros que contienen la desagregación de los anteriores valores. Concretamente en relación con la suma indicada en la objeción, el Tribunal considera lo siguiente:

(a) En primer lugar, en el dictamen pericial se observa que dicha suma es un valor que se contempla como un costo en que incurrió ACUACAR con posterioridad al accidente del emisario, tal como se puede observar en el folio 2 del dictamen pericial presentado el 5 de marzo de 2013, lo cual implica que ese valor sí se tomó en consideración como parte integral de los costos posteriores al accidente que eran objeto de la aclaración cuestionada, razón que sería suficiente para desestimar la objeción presentada.

(b) De otra parte, se observa que en la objeción presentada se asegura que la suma de \$1.507.098.635, como era un gasto posterior al accidente, debía tenerse en cuenta como costo directamente relacionado con el mismo. En cambio, en el dictamen pericial no se le tuvo en cuenta como tal, básicamente porque se trataba simplemente de una “salida de almacén”, lo cual no permite inferir con certeza que es un gasto que es consecuencia del accidente. Al respecto, el Tribunal considera que existe un desacuerdo conceptual entre el perito y la parte convocante, motivo que no resulta suficiente para entender probada una objeción por error grave. Pero, además, destaca el Tribunal que una “salida de almacén” solo indica que una serie de elementos diversos efectivamente salieron del almacén con destino a la obra, pero la información allí contenida es insuficiente para establecer si el costo de tales materiales es inherente al proceso constructivo normal o, por el contrario, es una consecuencia directa del accidente.

(c) En resumen, no es cierto que exista un error aritmético por parte del perito como se sostiene en la objeción ni que el perito haya dejado de considerar información relevante. Por el contrario, lo que se observa es simplemente una discusión de criterio con el perito, razón que no resulta suficiente para concluir que existe un error grave, como se explicó antes.

6. El segundo error grave que alega la parte Convocante se refiere a las aclaraciones n° 16, 17 y 18, sobre las cuales expresa que en esas respuestas el perito desconoció el funcionamiento lógico de la contabilidad de ACUACAR al considerar que los dineros allí mencionados habían salido directamente del patrimonio de ACUACAR, pues no tuvo en cuenta dos aspectos fundamentales: (a) que los desembolsos con destino al emisor submarino se registran contablemente como mejora en propiedades ajenas, al ser el Distrito de Cartagena el dueño de las obras, y (b) que los recursos de tesorería no eran gastos propiamente dichos, pues se trataba de desembolsos temporales que serían posteriormente reembolsados.

7. Para resolver la objeción presentada, el Tribunal considera que la misma no puede prosperar por las siguientes razones:

(a) De acuerdo con una lectura integral del dictamen pericial financiero-contable, para el Tribunal es claro que ACUACAR sí incurrió en los costos necesarios para la restitución y finalización de las obras, prueba de ello es que desde su tesorería se giraron más de \$40.000 millones de pesos.

(b) A pesar de que en la objeción se afirma reiteradamente que los dineros aportados por ACUACAR como desembolsos de recursos de tesorería le serían reembolsados, lo cierto es que en el dictamen pericial no se encuentra evidencia de que la contabilidad de esa entidad muestre tal realidad, pues no existe una cuenta por cobrar por esos dineros y, en cambio, todos fueron registrados como mejoras en propiedades ajenas, de tal manera que si existiera la condición de aporte temporal, necesariamente deberían estar registrados como una cuenta por cobrar y así lo debía evidenciar el dictamen pericial.

(c) En resumen, para el Tribunal es claro que nuevamente existe una inconformidad con el criterio del perito, lo cual no constituye por sí mismo un error grave. Además, dicha inconformidad no resulta atendible para el Tribunal pues pretende que a partir de consideraciones jurídicas, el dictamen refleje una realidad distinta a la contenida en la propia contabilidad, labor que es ajena a la tarea del perito.

8. La siguiente objeción presentada por la parte convocante hace referencia a la respuesta a la aclaración n° 21. Específicamente la objeción se concreta en que los valores pagados por el proyecto de construcción 2 no son los \$329.881.027 que indica el perito en su aclaración sino \$326.024.707, presentándose una diferencia de \$3.856.320.

9. Para resolver la objeción presentada, el Tribunal recuerda que en la aclaración n° 21 el perito respondió que al señor Carlos Rafael Martínez Mendoza se le pagaron \$352.952.732: (a) por el proyecto de construcción 2 la suma de \$329.881.027 y (b) por rescate e inspección \$23.071.705, lo cual tiene explicación en dos tablas en las que se discriminaban los respectivos pagos, que en total fueron 56. Concretamente en relación con la suma indicada en la objeción, el Tribunal considera lo siguiente:

(a) Los valores indicados por el perito, de acuerdo con lo afirmado en el mismo dictamen pericial, son el resultado de la verificación contable hecha. En ese orden de ideas, la cifra mencionada en el dictamen pericial es el resultado de los soportes conocidos por el perito y mencionados en los cuadros, razón que permite al Tribunal desechar la objeción presentada.

(b) Además, no debe olvidarse que la prosperidad de una objeción por error grave no puede basarse en las simples afirmaciones de la parte que la formula, sino que debe estar soportada probatoriamente de manera suficiente, esto es, debe estar soportada en pruebas y no en la simple posición unilateral de la parte. En ese sentido, observa el Tribunal que no existe soporte del error del perito en la verificación contable, más allá de la simple aseveración de la parte convocante.

10. Finalmente, la cuarta objeción se refiere a la aclaración n° 22, sobre la cual expresa la parte convocante que los valores pagados a Carlos Rafael Martínez Mendoza y Jaime Plazas tuvieron como causa el hecho de que los mismos fueron peritos de la Capitanía del Puerto de Cartagena y que dichos pagos fueron hechos con recursos de la garantía bancaria y con recursos dispuestos transitoriamente por ACUACAR, lo cual implica que son gastos propios del proyecto que no fueron tenidos en cuenta.

11. En relación con dicha objeción, el Tribunal observa que la aclaración responde una solicitud de que se precise qué valores fueron pagados a Jaime Plazas y por qué concepto fueron hechos esos pagos. En ese orden de ideas, considera el Tribunal que si bien pueden ser ciertas las afirmaciones de la parte convocante, la misma carecen de relación con el contenido de la respuesta a la pregunta cuestionada, razón suficiente para desechar la objeción formulada.

12. Para concluir este punto, quiere el Tribunal hacer notar que, en general, las objeciones presentadas por la parte convocante pretenden que el dictamen pericial incluyera valores diferentes a los incluidos en el escrito presentado por el perito el 5 de marzo de 2013. No obstante, ni las solicitudes de aclaración presentadas por las partes ni las complementaciones ordenadas de oficio por el Tribunal requerían que se incluyeran sumas adicionales causadas con posterioridad a dicha fecha, sino simplemente pretendían el desglose de lo expresado por el perito y, concretamente, la relación de los gastos con el accidente del emisario submarino. Por lo anterior, concluye el Tribunal que las objeciones formuladas contra el dictamen pericial financiero y contable carecen de vocación de prosperidad y así lo declarará.

C. Las objeciones presentadas contra el dictamen pericial técnico elaborado por Daniel Flórez Pérez.

13. El primer error grave que aduce la parte convocada se refiere al señalamiento de “*Jefe de obra*” que establece el experto en su dictamen pericial, en lo que tiene que ver con las actividades que ejecutaba el interventor del contrato. Para fundamentar su objeción, Halcrow alegó frente al particular que “*el ingeniero DANIEL FLOREZ dentro de su dictamen señaló que se pretendía establecer en primera instancia el papel de HALCROW GROUP LIMITED como interventor y las condiciones de control exigidas en el control que se asume como eje rector de las decisiones de la interventoría y marco de acción para el contratista*”.

14. De conformidad con lo anterior, es necesario poner de presente que el perito Daniel Flórez respondió cumpliendo lo ordenado por este Tribunal, sin necesidad de traer definiciones por fuera de su esfera del experticia, toda vez que a través de auto No. 15 suscrito mediante acta No. 8 del 1º de octubre de 2012, ordenó la práctica de pruebas por parte de este Tribunal, entre las que se encontraba el dictamen pericial técnico, el cual fue decretado en los siguientes términos:

“PRUEBA PERICIAL POR UN PERITO INGENIERO, para que se establezcan los aspectos técnicos de la obra de construcción del Emisario Submarino, los cambios efectuados al proyecto inicial, el incidente del Emisario Submarino, en que colapsó y sus causas técnicas, para tal fin: 1. El perito deberá establecer y realizar un análisis de los aspectos técnicos de los componentes necesarios para construir un Emisario Submarino de calidad (tubería, lastres, arandelas, compresores, etc.) obra de las características establecidas para el de la ciudad de Cartagena; 2. Con base en los documentos y memoria de la obra de construcción e interventoría del Emisario Submarino de Cartagena cuya obra estaba a cargo del consorcio EDT e Interventoría a cargo de Halcrow Group Limited determinar si las pruebas y exámenes de laboratorio realizados (pruebas de concreto, de deslizamiento, resistencia de componentes y accesorios entre otras) los alcances de cada una y su pertinencia en la calidad de la obra con el fin de determinar cómo deben hacerse y en el caso concreto analizar y determinar si las que se realizaron en la construcción del Emisario Submarino fueron acordes con las prácticas de ingeniería y con el contrato de obra y sus cargas, el PACC del contrato de obra y sus cargas y el contrato de interventoría y sus cargas; 3. Análisis de los fundamentos técnicos y de laboratorio bajo los cuales HALCROW GROUP LIMITED autorizó los cambios de diseño y materiales durante la ejecución de la obra de construcción del Emisario Submarino, con el fin de determinar si eran suficientes y pertinentes para garantizar la calidad de la obra. 4. Teniendo en cuenta los diseños originales del Emisario Submarino y sus características, las modificaciones realizadas, y los hechos previos y concomitantes en que se perdió el Emisario Submarino del 2 de diciembre del 2010, se solicita al perito que evalúe y determine 4.1. La pertinencia e incidencia de los cambios de diseño de los lastres, construcción, ensamblaje y traslado del Emisario Submarino en el resultado fatal del colapso de la tubería Emisario Submarino. 4.2. Las causas posibles del incidente en que se perdió el Emisario Submarino el 2 de diciembre de 2010. Para esta prueba se designará al perito en fecha posterior”. (Subrayas fuera de texto). (Folio 1264 tomo III, del cuaderno principal)

15. Por lo anterior, considera este Tribunal que en el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Daniel Flórez no se han propuesto definiciones jurídicas, ni se está analizando el contrato en sí mismo, desde el punto de vista jurídico; por el contrario lo que hizo el Ingeniero Daniel Flórez, fue citar apartes del contrato de obra en las cuales se establecen las definiciones y funciones del “jefe de obra” y precisar este concepto, desde el punto de vista de la práctica de un ingeniero consultor, mas no desde el punto de vista jurídico.
16. Para resolver la objeción presentada, el Tribunal reitera la tesis que para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad y vocación de conducir al perito a conclusiones igualmente equivocadas. Por lo anterior, y respecto del análisis y evaluación técnica realizada por el experto, aquél señala responsabilidades y funciones del interventor descritas en el contrato de interventoría, basadas en un documento de obra en el proceso proveniente del Banco Mundial, quien desde el origen mismo del PAD del proyecto, determinó que la calidad de jefe de obra no lo podía realizar ACUACAR, sino el interventor del contrato de obra, es decir, dicha calidad contractual estaba previamente establecida en los documentos que hacían parte del proyecto. El ingeniero Flórez, pues, lo único

que hizo fue – desde la óptica de un ingeniero consultor – precisar cuál era la función del interventor respecto de la obra de construcción e instalación del Emisario Submarino.

17. En resumen, no es cierto que exista un error grave respecto de esta primera objeción, que dé lugar a establecer que el experticio se elaboró sobre bases equivocadas; por el contrario el Tribunal lo que observa es simplemente una diferencia de la parte convocante con el criterio planteado por el perito, razón que no resulta suficiente para concluir que existe un error grave, pues la determinación de la calidad de jefe de obra, respecto del contrato de interventoría, y el papel de Halcrow respecto de dicha figura y sus obligaciones como interventor, serán objeto de análisis, este sí jurídico, en otro acápite de este laudo arbitral.

Por su parte, el segundo error grave que señala la convocada, se refiere a la pregunta N° 3 sobre la cual expresa que en esa respuesta el perito entró a analizar el acervo probatorio de este proceso, al señalar que *“la falla de la interventoría radica en la realización de algunas actividades que se realizaron sin la aprobación del PACC”*, cuando lo que se había solicitado aclarar era el *“fracaso de la interventoría que según le (sic) perito se nota desde la primera reunión de coordinación”*. Respecto de lo anterior, Halcrow señala que la actividad de adquisición de la tubería y otras actividades se hicieron antes de la participación de Halcrow en el proyecto; por lo tanto, era una situación consolidada y de responsabilidad exclusiva del contratante al permitir el desarrollo del contrato de obra sin la previa contratación y por lo tanto sin la supervisión de la interventoría.

Frente a lo expuesto es preciso señalar por parte de este Tribunal, que no es de recibo tal objeción por error grave, en razón a que el dictamen, frente a este punto en particular, no sólo fue rendido conforme a la verificación del plan de aseguramiento de calidad y los documentos adicionales que hacen parte de aquel, sino en general a toda la labor del interventor, conllevando a conclusiones fundamentadas en las buenas prácticas de ingeniería, que no constituyen un error grave en el experticio. Si bien el perito anota, como lo hace la objeción, que hubo actividades realizadas con anterioridad a la contratación del interventor (por ejemplo, la adquisición de la tubería y el diseño de la obra), también lo es que el perito conceptuó que hubo serias fallas en la labor de Halcrow como interventor, no al considerar cambios en los diseños, que eran permitidos, sino al aprobar dichos cambios sin haber verificado la sustentación técnica de los cambios propuestos por el constructor, entre otras deficiencias de la labor del interventor.

Nuevamente aquí, nos encontramos frente a una diferencia de criterios entre la parte convocada y el perito, situación que no constituye un error grave del dictamen.

18. La siguiente objeción presentada por Halcrow hace referencia a la respuesta a la aclaración a la pregunta N° 4. Específicamente la objeción se concreta en que el perito – según la convocada - desconoce los alcances del PACC, ya que aquel no entiende el significado y los componentes del mismo tal y como se encuentran el contrato, además de utilizar normas y guías de calidad que, en su concepto, se debieron utilizar en este proyecto para efectos de definir el propósito, alcance, referencias, prácticas, convenciones y métricas entre otras.
19. En relación con dicha objeción, el Tribunal observa que la aclaración hecha por el experto es una conclusión a la que llega el Ingeniero Daniel Flórez y no por ello puede establecerse que la síntesis con la que finaliza el experto esté elaborada sobre bases equivocadas, pues el Tribunal reitera que la objeción por error grave debe recaer sobre el objeto examinado y no sobre las apreciaciones, los juicios o las inferencias de los peritos.

Adicionalmente, es necesario destacar que este Tribunal de arbitramento en el acta de posesión del perito Daniel Flórez señaló que el objeto del dictamen debería incluir “(...) *los alcances de cada una y su pertinencia en la calidad de la obra con el fin de determinar cómo deben hacerse y en el caso concreto analizar y determinar si las que se realizaron en la construcción del emisario submarino, fueron acordes con las prácticas de ingeniería y con el contrato de obra y sus cargas...*”. (folio 1513 tomo III cuaderno principal)

20. La siguiente objeción se refiere a la Pregunta N° 5 de dictamen, y se fundamenta en el hecho de que el perito afirma que el constructor no había entregado todos los procedimientos del PACC, mientras que la parte convocada sostiene que “ha demostrado” que todos los procedimientos fueron entregados.
21. Al respecto, el Tribunal observa que esta objeción se limita a señalar una diferencia de opinión entre el perito y la parte convocada acerca de si, efectivamente, los procedimientos que formaban parte del PACC fueron entregados o no. Esta diferencia de opinión, como tal, no tiene la entidad de un error grave del dictamen, por lo que la objeción, por esta razón, no puede prosperar. Si los procedimientos fueron entregados o no, constituye un hecho cuya prueba valorará el Tribunal en su oportunidad.

La siguiente objeción se refiere a la pregunta N° 6 del dictamen. Esta objeción se sustenta, en primer lugar, en la afirmación de que la conclusión del perito, en opinión de la parte convocada, acerca de la insuficiencia de las fibras de poliuretano como refuerzo de los lastres, se basó solamente en una fotografía, lo cual considera el objetante como “muy básico”, y en esto hace consistir el error grave del dictamen. Y en segundo lugar, afirma que las fibras de poliuretano estaban concebidas como un refuerzo secundario y no como un refuerzo principal de los lastres.

22. Para resolver esta objeción, en lo atinente a la fotografía como sustento del dictamen, el Tribunal observa que la pregunta sobre si las fibras de soporte usadas en los lastres de hormigón fueron construidas en red fue atendida por el experto técnico sin que la conclusión del perito se fundamentara exclusivamente en la fotografía de los lastres; por el contrario, el perito hace un análisis teórico fundamentado de las fibras de poliuretano, para señalar que “*las fibras funcionan como refuerzo secundario y no como refuerzo principal*”. En cuanto a la fotografía a la que hace referencia Halcrow, el Tribunal recuerda que el perito ha certificado que dicha imagen fue tomada por el experto, durante las inspecciones en el sitio con la asistencia de las partes, y se anexa a título ilustrativo, pero no constituye el fundamento de la opinión expresada en el dictamen. Ahora bien, en cuanto a si las fibras eran un soporte secundario o principal de los lastres, el Tribunal observa que el dictamen contiene aseveraciones técnicas fundamentadas sobre el punto, y nuevamente nos encontramos ante una diferencia de opiniones que no constituye, en sí mismo, un error grave del dictamen. De otra parte, es preciso recordar que, más que la idoneidad de las fibras de poliuretano, lo que se cuestiona respecto de la labor del interventor es el hecho de haber aprobado el cambio de diseño de los lastres, en cuanto a los materiales de refuerzo, sin haber exigido del constructor las pruebas de laboratorio que sustentaban dicho cambio. La objeción, entonces, no prospera.
23. La siguiente objeción versa sobre la pregunta N° 7 del dictamen y hace referencia a si se debían realizar ensayos de vigas a flexión, toda vez que considera el experto técnico que “*si no se realizaba la prueba de flexión, se incurriría en un riesgo técnico, esto implica que probablemente los resultados esperados del proyecto no*

cumplieran las especificaciones técnicas requeridas para el correcto funcionamiento del emisario submarino aumentando la posibilidad de error”, señalando, pues, la parte convocada frente a tal apreciación técnica, que las pruebas de flexión no estaban en las especificaciones del proyecto y, por lo tanto, no eran exigibles. En esta objeción se invoca que al cambiarse el diseño sin prueba técnica demostrada que el cambio era coherente y bueno para el proyecto, no se requería de prueba destructiva o ensayo destructivo de laboratorio que permitiera calificar como apropiado el cambio de diseño al tenerse un procedimiento calificado vía la demostración de laboratorio, y que al construir los lastres con el cambio de diseño este tenía la capacidad de cumplir con los requerimientos del diseño básico del proyecto frente al nuevo diseño propuesto.

24. En relación a dicha objeción, el Tribunal observa que la misma pretende cuestionar las apreciaciones técnicas hechas por el experto respecto a la necesidad de realizar ensayos de vigas de flexión; en consecuencia, estas apreciaciones no constituyen un error grave del dictamen, pues los desacuerdos o divergencias de opinión en temas técnicos como el de la referencia no son fundamento para señalar un error grave de un experticio. Frente a dichas divergencias de criterios técnicos, corresponde a este Tribunal valorar el dictamen, en el marco de evaluación del acervo probatorio, aplicando las reglas de la sana crítica. Por tal motivo, la objeción no está llamada a prosperar.

25. La siguiente objeción es a la pregunta N° 8 del dictamen, respecto de la cual alega la parte convocada se refiere a la aclaración que hace el perito respecto a las pruebas de deslizamiento cuando manifiesta *que “en conclusión, sino (sic) se supera la prueba de deslizamiento significa que el compensador que se está utilizando no permite mantener la fuerza de fricción entre el lastre y el tubo y por lo tanto sería muy factible que los lastres se deslizaran o se giraran. Es importante consignar que si un lastre se desliza, genera inestabilidad en la tubería ya que los pesos quedan mal distribuidos, lo que puede ocasionar daños en la tubería o colisiones entre los lastres”.*

26. Para resolver la objeción planteada en el párrafo anterior, este Tribunal observa que la prueba de deslizamiento tenía como objetivo verificar que los lastres no se giraran ni se deslizaran durante el traslado e instalación del Emisario Submarino; por tal razón, no se ajusta a las buenas prácticas de ingeniería, ni de interventoría, que se iniciara la actividad de instalación de lastres sin haber superado satisfactoriamente las pruebas de deslizamiento, como se anota en otro aparte de este laudo al analizar la responsabilidad del interventor. Así las cosas, puede concluir este Tribunal que no se probó que el dictamen pericial frente al tema en cuestión pudo haber llegado a otra conclusión técnica por el hecho de haberse efectuado la prueba de deslizamiento de los lastres; simplemente el experto hace apreciaciones técnicas sobre la necesidad de haberse efectuado pruebas y, no por ello da lugar a que este Tribunal atienda la objeción propuesta sólo por haber llegado a una conclusión o inferencia distinta a la de Halcrow. La objeción, entonces, no prospera.

27. La siguiente objeción propuesta por la parte convocada es sobre la pregunta N° 9 del dictamen y se refiere a la prueba de hermeticidad y estanqueidad, en razón a que, en opinión del objetante, estas no eran exigencias contractuales y no estaban contempladas en la oferta ni en los procedimientos del contratista. Para Halcrow es inaceptable que el perito afirme que las especificaciones técnicas consagren un procedimiento para la prueba de estanqueidad o hermeticidad de la tubería, pues señala que el procedimiento citado por el perito no

corresponde a una prueba de hermeticidad o estanqueidad, según éste, dicha prueba se realiza exclusivamente cuando el emisario se encuentre instalado.

28. Para resolver esta objeción, el Tribunal reitera nuevamente que los desacuerdos de opinión en temas técnicos no constituyen error grave, en sí mismo, por lo cual, para el Tribunal es evidente que como se presentó una falla de la tubería por la aparición de una rotura, el contratista debía garantizar, y la interventoría verificar, que la reparación se hiciera con un procedimiento previamente calificado como efectivo para así efectuar la reparación y probar que la tubería quedaría con la hermeticidad y estanqueidad de diseño de fábrica. Por lo tanto, esta objeción tampoco está llamada a prosperar.
29. La siguiente objeción apunta a la pregunta N° 11 del dictamen. Al respecto, Halcrow se refiere a la respuesta de aclaración que hace el perito respecto a que *“los cálculos del ingeniero U. Kushnir, no cumplen a cabalidad con la exigencia del contrato”*. De igual forma señala que *“con la existencia de este ítem, existía la posibilidad de que el contratista le realizara los ensayos con vigas de flexión al material que estaba planteando para la fabricación de los lastres y así corroborar que el análisis teórico concordaba con los resultados obtenidos experimentalmente en un laboratorio”*.
30. Para resolver la objeción planteada, este Tribunal señala que, independientemente de si los análisis del Ingeniero Kushnir eran acertados o no, el verdadero yerro del interventor consistió en aprobar el cambio de diseño de los lastres sin que existieran pruebas de laboratorio de soporte del cambio solicitado, lo cual es acertadamente señalado en el dictamen pericial. Sobre si el análisis del Ingeniero Kushnir era correcto o incorrecto, es importante precisar, como lo hace el mismo objetante, que no existe un criterio técnico o científico que permita decidir que es equivalente y que no, por lo cual no se puede controvertir el dictamen simplemente porque cuestiona que haya habido un cambio de diseño, una propuesta de construcción, usando materiales no contemplados en el diseño inicial; simplemente el interventor estaba en la obligación de verificar que hubiera pruebas técnicas suficientes para corroborar que con el cambio de diseño las condiciones de la obra fueran acordes con el objetivo de la misma, es decir, que el Emisario Submarino fuera construido e instalado con iguales condiciones de seguridad y eficacia. Por lo anterior, una vez más, este Tribunal señala que dicha apreciación de objeción por error grave no tiene vocación de prosperar, en razón a que son meras apreciaciones técnicas que por desacuerdos en su conclusión, no puede entenderse que dicha respuesta de aclaración de dictamen se contra ponga a la verdad, es decir que se presente una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se solicitó el dictamen pericial de la referencia y la representación que de ella hizo el perito.
31. Finalmente, la última objeción, esta vez a la pregunta N° 14, hace referencia a la afirmación que hace el perito en el escrito de aclaración cuando señala que Halcrow manifestó que *“no se encontraron reportes adicionales que permitan establecer la solución de esta no conformidad”*, afirmación que es refutada por la parte convocada, en razón a que esta señala que *“si Halcrow no siguió levantando No conformidades por este asunto, quiere decir que no había razón para hacerlo, es decir, que se solucionó dicho problema”*.
32. Para resolver esta última objeción, el Tribunal señala, en primer lugar, que la misma no apunta a ningún error técnico o conceptual del dictamen, sino al hecho de cuestionar la conclusión del perito en el sentido de criticar

la labor del interventor por no haber encontrado informes de interventoría en los que se diera cuenta de la solución a una “no conformidad” señalada anteriormente por el interventor, para lo cual argumenta que el hecho de que no hubiera habido señalamientos de “no conformidad” posteriores, permitía asumir que el interventor estaba conforme con la obra. Como se puede observar, entonces, la objeción ni siquiera señala un error grave del perito, sino que critica una opinión del mismo, por no estar de acuerdo con ella. Esto, por sí solo, sería suficiente para desestimar la objeción formulada. Pero agrega el Tribunal que el simple hecho de que el interventor no haya formulado puntos de “no conformidad” no puede, como lo afirma la convocante, llevar a la conclusión de que toda la obra estaba conforme. Este hecho, por el contrario, lleva a concluir que la labor del interventor fue insuficiente, pues si existieron puntos de “no conformidad” no resueltos, o no advertidos por el interventor, ello en lugar de apuntar a la buena labor del interventor, señala las falencias en su trabajo de interventoría, como lo analizará en detalle el Tribunal en otro aparte de este laudo. La objeción, por lo tanto, no prospera.

II. La competencia del Tribunal de Arbitramento y la ausencia del carácter de internacional del mismo.

33. Antes de iniciar el análisis de fondo de la controversia, teniendo en cuenta que reiteradamente las partes se han referido al tema de la competencia del Tribunal de Arbitramento, considera este Tribunal necesario referirse expresamente sobre dichos puntos.
34. En cuanto a la competencia, el Tribunal considera que no existen razones para modificar la decisión adoptada en el auto 12 de 1º de octubre de 2012, en el cual se declaró competente para conocer y resolver, en derecho, las controversias surgidas entre el DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, con HALCROW GROUP LIMITED.
35. En efecto, el artículo 116 de la Constitución Política consagra que *“Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”*. En concordancia con dicho postulado, el artículo 111 de la Ley 446 de 1998, aplicable a la presente controversia por haberse iniciado antes del 12 de octubre de 2012 (fecha en la cual entró en vigencia la Ley 1563 de 2012), define el arbitraje como *“un mecanismo por medio del cual las partes involucradas en un conflicto de carácter transigible, difieren su solución a un tribunal arbitral, el cual queda transitoriamente investido de la facultad de administrar justicia, profiriendo una decisión denominada laudo arbitral. El arbitraje puede ser en derecho, en equidad o técnico. El arbitraje en derecho es aquel en el cual los árbitros fundamentan su decisión en el derecho positivo vigente...”*. En relación con el pacto arbitral, el artículo 115 de la Ley 446 de 1998 dispone que *“Por medio del pacto arbitral, que comprende la cláusula compromisoria y el compromiso, las partes se obligan a someter sus diferencias a la decisión de un Tribunal Arbitral, renunciando a hacer valer sus pretensiones ante los jueces”*.

36. El litigio que se ha deferido al conocimiento y decisión de este Tribunal de Arbitramento se origina en el alegado incumplimiento del Contrato CONSUL-02-BM-2008, al que pertenece el pacto arbitral en que la parte convocante fundamenta la competencia del Tribunal. Este contrato, a su vez, forma parte de un conjunto de negocios jurídicos de mayor ámbito, en el que han participado el Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – BIRF, en adelante el Banco Mundial), el Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (en adelante el Distrito), la Nación (como garante del crédito otorgado por el Banco Mundial al Distrito), Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. (en adelante ACUACAR), Halcrow Group Ltd. (en adelante HALCROW) y el Consorcio EDT Marine Construction Ltd. y EDT Towage and Salvage Ltd. (en adelante el Consorcio EDT). Esta relación comercial compleja está integrada por varios contratos, cuyos objetos, contenidos y alcances se relacionan entre sí, e interactúan, hacia la obtención de un único objetivo, como es la ejecución del Proyecto de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental de Cartagena, del cual forma parte la construcción del denominado Emisario Submarino en Punta Canoa (en adelante el emisario submarino).
37. La participación de ACUACAR en esa relación comercial compleja se origina en dos contratos, a saber:
- a. El Convenio de Proyecto suscrito con el Banco Mundial para el Proyecto de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental de Cartagena, del cual forma parte la construcción del emisario submarino (folios 188 al 205 Carpeta “tipo AZ” pruebas documentales aportadas por ACUACAR respecto a las excepciones de mérito); y
 - b. El Convenio de Préstamo Subsidiario suscrito entre el Distrito y ACUACAR para el Proyecto de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental de Cartagena, del cual forma parte la construcción del emisario submarino. (folios 217 al 224 Carpeta “tipo AZ” pruebas documentales aportadas por ACUACAR respecto a las excepciones de mérito).
38. En la demanda mediante la que se convocó a este Tribunal de Arbitramento, y en su reforma, se afirma que dicha empresa ha actuado como mandatario con representación del Distrito de Cartagena respecto de la firma del Contrato que origina la controversia objeto de este proceso arbitral, y de la firma del Contrato de Obra Civil N° ALC-01-BM-2008 suscrito con el Consorcio EDT, cuyo objeto es la construcción del emisario submarino.
39. En efecto, en varios documentos contractuales se menciona, en forma expresa, que ACUACAR ha actuado como mandatario con representación del Distrito de Cartagena, entre los cuales se pueden citar el propio Contrato CONSUL-02-BM-2008 y el denominado Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación suscrito entre el Distrito y ACUACAR. Adicionalmente, tal mandato ha sido ratificado por el propio mandante, esto es, el Distrito, al menos en dos ocasiones, a saber:

- a. En el documento de ratificación de fecha 5 de Diciembre de 2011 suscrito por la entonces Alcaldesa Judith Pinedo (folios 28 al 30 Carpeta “tipo AZ” pruebas documentales aportadas por ACUACAR respecto a las excepciones de mérito); y
- b. En el documento de ratificación de fecha 8 de mayo de 2012, suscrito por el Dr. Guillermo Andrés Sánchez Gallo, en su condición de Representante Judicial del Distrito (folios 1 y 2 Carpeta “tipo AZ” pruebas documentales aportadas por ACUACAR respecto a las excepciones de mérito).

Es decir, aún en el evento de que se concluya que no existía mandato conferido por el Distrito de Cartagena a favor de Acucar para la celebración y ejecución del contrato de consultoría con la parte convocada, por ese solo hecho no puede predicarse que tal mandato no exista en la actualidad, por cuanto habría operado el fenómeno de la ratificación y de la representación sin poder.

40. La doctrina ha descrito la figura de la representación sin poder, en los siguientes términos:

“Se habla de representación sin poder (...), como también de exceso, y más propiamente, de falta de representación, para abarcar todos los casos en que el agente actúa, para el efecto o en la circunstancia específicos, diciéndose representante, pero sin legitimación: sea porque nunca la ha tenido, sea porque habiéndola tenido la perdió, sin que importe el motivo de la pérdida o cancelación, sea, en fin, porque teniéndola no es suficiente, incluyendo dentro del concepto de insuficiencia cualquiera extralimitación del gestor (...). Hipótesis aquellas a las que ha de añadirse, en afán de plenitud, el evento en que el agente obra como representante, sin serlo, pero creyendo que lo es (...) Son todos eventos que se salen del desenvolvimiento normal de la figura, para entrar en el terreno de la llamada “patología de la representación”, con diferencias específicas, que han de atenderse, especialmente en lo relacionado con la calificación del comportamiento de representante y tercero, a fin de definir la responsabilidad de aquel y la protección merecida por éste.”³⁰⁴

41. El mismo autor, al referirse a la situación del contrato celebrado sin poder, luego de describir la variada gama de situaciones que se pueden presentar concluye diciendo que *“...en fin, el contrato sería ineficaz o, dicho positivamente, un negocio cuya eficacia está en suspenso, pendiente del advenimiento de una conditio iuris: la ratificación, pero que pende de la sola voluntad del dominus”³⁰⁵*. Desde el punto de vista del derecho positivo, el artículo 844 del Código de Comercio regula la figura de la ratificación del poder en los siguientes términos: *“La ratificación del interesado, si se hace con las mismas formalidades que la ley exige para el negocio jurídico ratificado, tendrá efecto retroactivo, salvo en cuanto lesione derechos de terceros”*.

³⁰⁴FERNANDO HINESTROSA. *La representación*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 392.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 405

42. La figura de la ratificación ha sido definida por el Profesor Fernando Hinestrosa como “...la aprobación por parte del dominus de la actuación que el falsus procurador realizó a su nombre o, sin más, su conformidad con ella. A cuyo propósito es útil tener presente que “la ratificación constituye un elemento externo al negocio de gestión que de suyo es ya perfecto en su estructura, y simplemente lo integra en el ámbito funcional a manera de una autorización posterior.” Es un negocio de integración, esto es, que se adosa al ya celebrado y que se encuentra en pendencia, y cuya eficacia plena se consolida retroactivamente. El interesado lo toma para sí, lo hace propio. Es un acto (negocio jurídico) unilateral, potestativo del dominus, de segundo grado, irrevocable: la ratificación abarca íntegro el acto objeto de ella, incondicionalmente, y es definitiva, eficaz de plano por sí sola, sin embargo de tener en cuenta el interés de quien ratifica en que el tercero conozca el cambio operado en la relación con la eliminación de la pendencia y, consiguientemente, del derecho a resolver o terminar el contrato, lo que ha llevado a buena parte de la doctrina a sostener que la ratificación es un acto recepticio, a lo menos respecto del tercero contratante, dado el interés de éste en saber a ciencia cierta la suerte del contrato (...)”³⁰⁶.
43. En cuanto a los efectos retroactivos de la ratificación, el profesor HINESTROSA sostiene que “[l]a ratificación opera ex tunc, es decir, produce efecto retroactivo; sus consecuencias se remiten a la fecha de la celebración del acto ratificado. Ese efecto retroactivo inherente a la ratificación es lo que explica la equiparación de ésta a la procura inicial y que para algunos doctrinantes, en especial del common law, la ratificación se tenga como una de las formas de otorgar poder de representación. La ratificación produce efectos inmediatos (y retroactivos) sobre su autor (dominus) y sobre sus causahabientes futuros, (...). Los produce, sí, respecto del tercero contratante y sus causahabientes, esto en razón de que la ratificación es potestativa del dominus, sin que el tercero, y por ende sus derechohabientes, puedan oponerse a ella o enervar sus efectos. En todo caso, respecto del tercero contratante, la ratificación produce efectos solo en cuanto llega a su conocimiento”³⁰⁷.
44. Según el mismo autor, “la ratificación puede consistir, tanto en una declaración, como en una conducta concluyente (art. 1754 c.c.)”³⁰⁸. Pero además, “...la ratificación, por su propia naturaleza y su función, no es dable sino en el evento de que el gestor haya indicado el nombre del interesado al realizar la actividad representativa. De otra manera no se entendería que alguien resulte ratificando la gestión, o sea, en últimas, apropiándose de los efectos de un acto por completo ajeno a él”³⁰⁹. Finalmente, respecto a la oportunidad para ejercitar la ratificación, el citado autor expresa que “la ley no introdujo límite temporal a la ratificación que, por consiguiente, podría darse en cualquier momento”³¹⁰.
45. Ahora bien, frente a la aplicación de la figura de la ratificación en materia de contratación estatal, el Tribunal parte del artículo 13 de la Ley 80 de 1993 –norma aplicable en el caso concreto en tanto que existe presencia de una entidad estatal sometida al Estatuto General de Contratación de la

³⁰⁶ Ibidem, p. 406

³⁰⁷ Ibidem, p. 409

³⁰⁸ Ibidem, p. 410

³⁰⁹ Ibidem, p. 411

³¹⁰ Ibidem, p. 412

Administración Pública, como lo es el Distrito de Cartagena–, el cual dispone que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se registrarán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo las materias particularmente reguladas en esta ley”*. En virtud de lo dispuesto por la anterior norma, el Tribunal observa que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública nada establece en relación con la figura de la ratificación – ni para autorizarla, ni para prohibirla, ni para dotarla de un régimen especial–, por lo cual deberá entenderse aplicable a la contratación estatal lo dispuesto en el artículo 844 del Código de Comercio.

46. Pero, además, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha aceptado reiteradamente la aplicación de la figura de la ratificación en la celebración de contratos con entidades estatales, incluso como mecanismo para subsanar la inexistencia de autorización para presentar la propuesta dentro de un proceso de licitación pública. En este sentido, la reciente jurisprudencia administrativa ha sostenido que *“la no acreditación al comienzo del proceso de las autorizaciones que de conformidad con los estatutos sociales se requieran para representar y comprometer válidamente a la persona jurídica, según consta en el certificado de existencia y representación, será subsanable, siempre que el proponente hubiere contado con las mismas antes de la presentación de la oferta o le hubiese sido ratificado el respectivo acto (art. 884 [sic] C. Co.)”*³¹¹. Sobre esa base, no cabe la menor duda de que en el caso concreto es posible dar aplicación a la figura de la ratificación en los términos del artículo 844 del Código de Comercio, dotando de plenos efectos retroactivos a los documentos suscritos por la entonces Alcaldesa del Distrito de Cartagena y por el representante judicial del mismo Distrito.
47. Ahora bien, frente a los requisitos sustanciales de la ratificación, como se desprende del artículo 844 del Código de Comercio, se requiere: (i) que no lesione derechos de terceros; (ii) que cumpla las mismas formalidades que debe tener el negocio jurídico ratificado, y (iii) que sea hecha por la persona con capacidad de comprometer obligacionalmente al representado. En el caso concreto, para el Tribunal es evidente que no se lesionan los derechos de terceros, pues lo cierto es que HALCROW, tanto negocial como procesalmente, ha admitido la existencia de la representación que ACUACAR ha hecho del Distrito, de tal manera que la ratificación no haría nada diferente a dar seguridad jurídica a una posición que ha aceptado la otra parte del proceso y la destinataria de los actos de los representantes en el caso bajo análisis.
48. En este sentido, recuerda el Tribunal que de conformidad con el artículo 1622 del Código Civil, uno de los criterios más importantes para la interpretación de los contratos se concreta en el comportamiento contractual de las partes, esto es, en la manera en que las partes han entendido y aplicado lo pactado en el contrato. En consecuencia, si tanto ACUACAR como HALCROW han entendido sistemáticamente en la ejecución del contrato que efectivamente existe una relación de representación entre ACUACAR y el Distrito de Cartagena, el Tribunal debe entender que efectivamente existió ese

³¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 8 de febrero de 2012, expediente 20.688.

mandato, mucho más con la ratificación suscrita por la entonces Alcaldesa del Distrito de Cartagena, a la cual hizo referencia el Tribunal anteriormente.

49. Por otra parte, este Tribunal estima que en el caso presente se ha configurado un mandato representativo, generado por el comportamiento de ACUACAR desde la celebración del contrato de consultoría CONSUL-02-BM-2008 y en actos posteriores, en concordancia con manifestaciones complementarias de ratificación expresadas por el Distrito y, finalmente, con la conducta asumida por la parte convocada en este trámite arbitral, tal como se señala a continuación:

a. Cuando ACUACAR celebró con la firma convocada HALCROW el contrato denominado “CONSUL-02-BM-2008 Y SU MODIFICATORIO No.01”, cuyo objeto se describe como “Consultoría para la interventoría técnica y ambiental para la construcción e inspección del Emisario Submarino”, expresó, en el encabezamiento del contrato que:

*Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. (en adelante denominado el “Contratante”) sociedad representada legalmente en este acto por GUSTAVO ROBLEDO VILLEGAS, identificado con la cédula de ciudadanía número 71.689.188 de Medellín (Antioquia), **que para los efectos del presente contrato, actúa en nombre y representación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, en virtud del contrato de préstamo No.7404-CO.** (Subrayas y negrilla fuera del texto).*

A renglón seguido en el considerando a) del contrato manifestó:

Que ACUACAR actúa, para los efectos del presente contrato, en nombre y representación del DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS, en virtud del contrato de préstamo No.7404-CO, suscrito entre El Distrito y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento para sufragar parcialmente el costo del proyecto de acueducto alcantarillado y gestión Ambiental de Cartagena. (Subrayas y negrilla fuera del texto).

b. El Distrito, en diversas ocasiones y de manera reiterada, ha ratificado el mandato, que según la misma entidad, había otorgado con anterioridad a Aguas de Cartagena. Los documentos de los cuales se desprende la ratificación pueden ser resumidos, así:

i. En el denominado “Acuerdo de arreglo directo de reclamación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con ocasión del incidente del emisario submarino”, suscrito el 2 de diciembre de 2010, el Distrito y ACUACAR, manifestaron lo siguiente:

- En el numeral 4 de los antecedentes generales, se dice textualmente: “Estos

contratos coligados que tienen como objeto el desarrollo material de un crédito para ser invertidos en el Proyecto de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental de Cartagena tenían y tienen como ejecutor material a Acuacar. **Con base en ese mandato** Acuacar y con el fin de cumplir con los objetivos del Proyecto en cuanto a las inversiones y obras, dieron lugar a que Acuacar suscribiera con un contratista la construcción del componente “Tubo Emisario Submarino”. (Destacado fuera del texto).

- En el inciso segundo de la cláusula cuarta se dice: “Por lo anterior, Acuacar defenderá sus intereses conjuntamente con los del Distrito en cualquier escenario y destinará para este fin los recursos necesarios para atenderlos de manera oportuna, diligente y profesional contratando, si fuere el caso, los profesionales que estime necesarios para cumplir adecuadamente con tal labor para lo cual el Distrito otorgará los poderes para la representación judicial cuando así se requiera. Lo anterior no obsta, para que el Distrito opte en algunos casos por actuar de manera directa en tales procedimientos, pero estas actuaciones directas deberán realizarse en acuerdo con Acuacar, para mantener unidad de criterio y de defensa”.
- En documento suscrito el 5 de diciembre de 2011 por parte de la entonces Alcaldesa, Judith Pinedo Vidal, el Distrito de Cartagena hizo una manifestación clara y expresa de ratificación de mandato conferido con anterioridad a ACUACAR.
- En documento de fecha 8 de mayo de 2012, suscrito por el doctor Guillermo Sánchez Gallo, como representante judicial del Distrito de Cartagena, se manifiesta:

...por medio del presente documento RATIFICO el mandato conferido anteriormente a AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. “ACUACAR”, representada por el señor FRANCISCO PEREZ TENA, como ejecutor material del Plan Maestro de la ciudad, para que en su condición de Contratante y **actuando en nombre y representación del Distrito de Cartagena de Indias**, adelante y lleve hasta su culminación, los procesos arbitrales y acciones legales en otras jurisdicciones con ocasión de los daños y perjuicios causados al patrimonio público con ocasión del incidente de la ruptura de la tubería del Emisario Submarino de Cartagena y su pérdida en el Mar Caribe durante la maniobra de transporte a su punto de localización en Punta Canoa ocurrido en el mes de diciembre de 2010.(Destacado fuera del texto).

- Al referirse a las consideraciones, en este documento se expresa:

El 29 de noviembre de 1999, el Distrito de Cartagena y ACUACAR celebraron un convenio denominado el Convenio de Préstamo Subsidiario, **en virtud del cual se le otorgaba un mandato por parte del Distrito de Cartagena y ACUACAR se**

comprometía como ejecutor del proyecto de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental de Cartagena, en los términos del crédito que estaba gestionando para tales efectos con el Banco Mundial... (Destacado fuera del texto).

- Más adelante dice el documento:

*Ese mismo día, La Nación suscribió con el banco un Convenio de Garantía, haciéndose garante del crédito externo emitido para financiar el Proyecto, y Acuacar y el banco suscribieron el Convenio de Ejecución (Convenio del Proyecto), estableciendo como requisito que Acuacar fuera el ejecutor material del proyecto. **Con base en los negocios jurídicos enunciados y el mandato otorgado y con el fin de cumplir con los objetivos del proyecto en cuanto a las inversiones y obras, Acuacar inició un proceso de contratación para la construcción del componente “Tubo Emisario Submarino” de conformidad con el reglamento del Banco Mundial.*** (Destacado fuera del texto).

ACUACAR en nombre y representación del Distrito de Cartagena de Indias abrió la licitación pública, adjudicó el contrato, lo suscribió y fue y ha sido el ejecutor material del mismo, tal situación es y ha sido aceptada por los contratistas como parte del contrato y por lo tanto no se puede desconocer la naturaleza y condición de su Contratante. (Destacado fuera del texto).

*En diciembre de 2011 la entonces alcaldesa Judith Pinedo, **ratificó el mandato inicialmente conferido y su alcance para la representación del Distrito de Cartagena de Indias en cabeza de ACUACAR,** para que iniciara las acciones legales en contra de los presuntos responsables de la pérdida de las inversiones realizadas con dineros públicos en la obra pública propiedad del Distrito de Cartagena denominada Emisario Submarino y realizada bajo el Plan Maestro de la ciudad actuando a lo largo de todo el proceso como mandatario y ejecutor ACUACAR.* (Destacado fuera del texto).

Bajo este mandato ACUACAR inició las acciones para defender el patrimonio público en cabeza de la ciudad de Cartagena de Indias, solicitando la devolución de las inversiones realizadas y demás perjuicios ocasionados con la pérdida del Emisario Submarino, ya que a la fecha no se ha entregado la obra por parte de quienes tenían a su cargo la obra y supervisión de la misma. (Destacado fuera del texto).

*La reclamación efectuada y el Tribunal de Arbitramento convocado en el que se demanda a Halcrow Group Limited **hace parte del mandato y de las obligaciones de ACUACAR como mandatario del Distrito de Cartagena de Indias,** la demanda presentada incluyendo fundamentos y pretensiones son **coherentes con el mandato conferido** y responden a la legitimación que tiene el Distrito de Cartagena de Indias*

para reclamar los perjuicios ocasionados con la pérdida del Emisario Submarino. (Destacado fuera del texto).

*Halcrow Group Limited de manera indebida quiere desconocer la condición del Contratante, por lo **que RATIFICA nuevamente el mandato conferido y su extensión, ratificando también sus alcances para demandar los perjuicios ocasionados al Contratante con ocasión de la pérdida del Emisario Submarino y los daños antijurídicos o incumplimientos contractuales.** (Destacado fuera del texto).*

***La ratificación del mandato que en esta oportunidad se realiza incluye, sin ser limitativo ni taxativo, la posición de ACUACAR derivada del mandato, en nombre y representación del Distrito de Cartagena,** su condición en los contratos y la legitimación por activa en los hechos generadores del daño, la posibilidad de ACUACAR para ejercer válidamente la representación judicial mediante la acción pertinente, ante los jueces y árbitros competentes y los recursos de ley, la posibilidad otorgar poder a profesional del derecho haciendo uso del derecho de postulación, otorgando todas las facultades de ley a quien ejerza la personería judicial y todas aquellas que sean necesarias para la defensa de los intereses y derechos del Distrito de Cartagena. (Destacado fuera del texto).*

***El Mandante ha tenido conocimiento de la postulación del Dr. Francisco De Castro Vélez,** con TP 83125, para los fines del mandato aquí contenido, postulación que ha sido conocida y aceptada por el Distrito de Cartagena desde el inicio de la reclamación y es acorde con el mandato bajo el que actúa ACUACAR. (Destacado fuera del texto).*

50. Igualmente, ACUACAR, en la solicitud de convocatoria de este Tribunal presentada el 16 de febrero de 2012 manifiesta actuar en nombre y representación del Distrito de Cartagena. Tanto en el encabezamiento como en el punto I.1 de la demanda se expresa que “*Acuacar, en su condición de contratante, actúa en nombre y representación del Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias*”. Al descorrer las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, ACUACAR igualmente destaca la existencia de un mandato conferido por el Distrito desde el inicio de las relaciones.
51. Por su parte, HALCROW, no ha cuestionado de ninguna manera ese mandato que tanto el Distrito de Cartagena como ACUACAR invocan en su relación con aquella. Por el contrario, en la contestación de la demanda, ha hecho manifestaciones que demuestran aceptación del mismo. En efecto, tanto en la referencia denominada “Asunto”, como en la parte inicial manifiesta que procede a contestar la demanda presentada por ACUACAR en nombre y representación del Distrito de Cartagena.

En la parte denominada “CONSIDERACIONES PREVIAS” dice textualmente:

Es claro entonces que las partes en el Contrato de interventoría son el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias y Halcrow. Por lo tanto Acuacar no es parte del Contrato de Interventoría y en consecuencia la designación de las partes en la demanda no se ajusta al pacto arbitral contemplado en el Contrato de Interventoría. Mal hace entonces Acuacar al reclamar la doble condición de apoderado y de contratista.

A lo largo del texto de la demanda se mezclan de manera reiterada las pretensiones de Acuacar con las del Distrito de Cartagena. En consecuencia, es de la mayor importancia no permitir que la cláusula arbitral sea abusada para atender las pretensiones de Acuacar.

En la parte relacionada con las “pretensiones principales”, HALCROW manifiesta:

A la TERCERA pretensión principal también me opongo.

No se puede declarar responsabilidad patrimonial de Halcrow en este foro, porque Acuacar no es parte del Contrato de Interventoría amparado por la cláusula compromisoria que sustenta el presente Tribunal de Arbitramento.

Al desarrollar la excepción de fondo denominada “Falta de Competencia de este Tribunal de Arbitramento”, la firma convocada manifestó:

Acuacar, en su propio nombre, no es parte del Contrato de Interventoría. Solamente es un apoderado. Por lo tanto la cláusula compromisoria pactada en este contrato no cobija a esta compañía.

Acuacar, en nombre propio, no puede habilitar este Tribunal de Arbitramento ya que no hace parte de la cláusula compromisoria...

De la misma manera, en otros apartes de la contestación de la demanda reitera la misma idea de que ACUACAR obra como representante del Distrito de Cartagena y no en nombre propio, razón por la cual es el Distrito la parte contractual.

52. En conclusión, no obstante que este Tribunal ha advertido que no aparece prueba documental que acredite la existencia de un contrato de mandato con el Distrito de Cartagena al momento en que ACUACAR celebró el contrato de consultoría con la parte convocada, ello no obsta para considerar configurada una relación de mandato representativo en virtud de la ratificación hecha por el Distrito.
53. En cuanto al cumplimiento de las formalidades legales del negocio jurídico ratificado, el Tribunal destaca que, como lo expresa la doctrina citada, si bien es cierto que de conformidad con el artículo 1754 del Código Civil la ratificación puede originarse tanto en una declaración como en conducta

concluyente, dadas las especialidades de la contratación estatal, se requieren de ciertas formalidades. En efecto, a la luz de los artículos 39 y 41 de la Ley 80 de 1993, es necesario que el acto de apoderamiento en materia de contratación estatal se encuentre por escrito y no puede ser simplemente una declaración de voluntad o una conducta concluyente. En el caso concreto, no cabe la menor duda de la existencia del documento, incluso de dos documentos en virtud de los cuales se produciría la ratificación de la actuación por parte de ACUACAR en nombre y representación del Distrito de Cartagena de Indias, con lo cual se entienden cumplidas las formalidades propias de la contratación estatal.

54. Finalmente, en cuanto a la competencia de quienes suscriben los documentos de representación para comprometer negocialmente al Distrito, el Tribunal hace notar que de acuerdo con el artículo 11 de la Ley 80 de 1993, la competencia para celebrar contratos en nombre del Distrito le corresponde al Alcalde o a su delegado, en los términos de los artículos 12 de la Ley 80 de 1993 y 21 de la Ley 1150 de 2007. En ese sentido, no cabe la menor duda de que el documento de ratificación de fecha 5 de diciembre de 2011, suscrito por la entonces alcaldesa Judith Pinedo, efectivamente habría sido signado por la autoridad administrativa con competencia para comprometer negocialmente al Distrito. Sin embargo, frente al documento suscrito por el representante judicial del Distrito, a pesar de que el mismo carezca de la virtualidad de producir los efectos propios de una ratificación en los términos del artículo 844 del Código de Comercio, sí constituye una expresión más de cómo las partes han entendido el contrato y, a la luz de las reglas de interpretación contractual fijadas en el artículo 1622 del Código Civil, permite reiterar que ha existido una relación de representación.
55. En consecuencia, puede afirmarse que en el caso objeto de análisis efectivamente se cumplen tanto los requisitos ordenados por el artículo 844 del Código de Comercio, como los especiales de la contratación estatal, para que puedan darse efectos retroactivos a la ratificación hecha por el Distrito de Cartagena. Para el Tribunal, efectivamente existe un acto de apoderamiento del Distrito de Cartagena de Indias a ACUACAR, de tal manera que ACUACAR efectivamente actuó en nombre y representación del Distrito al momento de celebrar el contrato de consultoría con HALCROW, por lo cual, tanto los efectos de lo pactado de fondo en el contrato como los efectos de la cláusula compromisoria en él pactada, se predicen del Distrito de Cartagena, persona jurídica pública sobre la cual debe asumir competencia el tribunal de arbitramento.
56. Por ello, el Tribunal estima que la parte contratante en el contrato CONSUL-02-BM-2008 es el Distrito, representado por ACUACAR. Por los motivos expuestos, este Tribunal encuentra suficientemente probada la existencia, suficiencia, validez y oponibilidad del mandato invocado entre ACUACAR y el Distrito.
57. Ahora bien, el alegado incumplimiento del contrato CONSUL-02-BM-2008 por parte de Halcrow; la existencia, causa, extensión y entidad de los perjuicios derivados de este alegado incumplimiento; si ellos – de existir – fueron sufridos por el Distrito; la imputación de los mismos, y la responsabilidad

respecto de ellos, son todos asuntos que integran los problemas jurídicos de la controversia deferida al conocimiento y decisión de este Tribunal de Arbitramento, respecto de los cuales se pronunciará a continuación para efectos de resolver los problemas jurídicos de fondos planteados.

58. Para ratificar la competencia del Tribunal –además de la capacidad de las partes (el Distrito como convocante y HALCROW como convocada) y la arbitrabilidad de la materia, sobre las que no existe duda– basta con verificar si existe un pacto arbitral, y si quien convoca al arbitraje es parte del mismo³¹². En tal sentido, el Distrito aparece como parte del Contrato CONSUL-02-BM-2008, y existen en el expediente pruebas de que dicho contrato fue firmado por ACUACAR como representante del Distrito, mandato que ha sido también ratificado por el Distrito y reconocido por la parte convocada, tal como se ha señalado anteriormente. A dicho contrato pertenece el pacto arbitral invocado en la demanda y en su reforma, pacto que el Tribunal considera claro y suficiente para amparar la controversia deferida a su conocimiento. En consecuencia, ello bastaría por sí solo para que este Tribunal de Arbitramento ratificara su competencia en el presente laudo.
59. Al respecto, no puede perderse de vista que el artículo 833 del Código de Comercio señala que *“los negocios jurídicos propuestos o concluidos por el representante en nombre del representado, dentro del límite de sus poderes, producirán directamente efectos en relación con éste”*. La aplicación de la anterior norma, para el Tribunal, se traduce en que los efectos del pacto arbitral celebrado por ACUACAR, actuando en representación del Distrito, producen directamente efectos sobre el Distrito, de tal manera que no cabe la menor duda de que el Distrito es efectivamente parte del pacto arbitral que dio lugar al inicio del presente trámite.
60. La demanda presentada por ACUACAR invoca su condición de mandatario del Distrito para señalar a éste como la parte convocante. Esta situación procesal – que podía parecer confusa en la demanda inicial– fue aclarada, en forma diáfana, en su reforma, cuando se afirma que *“[l]a parte actora está conformada por el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias (en adelante simplemente el Distrito), en su condición de Contratante del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008, quien ha sido representado por la Empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. – Acuacar (en adelante simplemente Acuacar) en la suscripción de los contratos y quien ha venido representado al Distrito en su reclamación, de acuerdo a los deberes del mandatario y a las instrucciones y refrendaciones efectuadas por el mandante anexadas y exhibidas en el proceso. En efecto, Acuacar, ha actuado*

³¹²JULIO BENETTI SALGAR. *El arbitraje en el derecho colombiano*, 2ª ed., Bogotá, Temis., 2001, p. 202: *“La declaración de su competencia por parte del juez arbitral implica el examen de varios aspectos de suma importancia para el proceso, teniendo en cuenta los lineamientos expuestos en el capítulo III, a saber: la capacidad de las partes para someterse al arbitraje; la existencia de un pacto arbitral que cumpla además con los requisitos de forma que le son propios; que la cuestión litigiosa sea susceptible de transacción y esté comprendida dentro del pacto arbitral, o que en el caso de la cláusula compromisoria su decisión no haya sido exceptuada de ella; que la ley no prohíba o impida la solución del conflicto por la vía arbitral; y, por último, que el pacto arbitral esté vigente(...)”*.

*como representante del Distrito en su condición de ejecutor del Proyecto del Plan Maestro de Acueducto, Alcantarillado y Gestión Ambiental de Cartagena, uno de cuyos componentes esenciales es el Emisario Submarino de la ciudad de Cartagena, cuya pérdida y consecuencias patrimoniales se demandan y cuya titularidad le corresponden al Contratante*³¹³.

61. No obstante, tanto en la contestación de la demanda inicial como en la contestación a su reforma, la parte convocada cuestiona la capacidad de ACUACAR para presentar la demanda en nombre del Distrito y el poder judicial mismo otorgado por ésta al apoderado de la parte convocante. En cuanto a la capacidad de ACUACAR, señala que sus estatutos no contemplan como una de sus actividades sociales la de actuar como mandatario y representar a otras personas o entidades, y que la ley tampoco se lo permite. A su vez, respecto del poder judicial con base en el que se presentó la demanda inicial afirma, por una parte, que no menciona el hecho de que ACUACAR esté actuando a nombre del Distrito, y por la otra, que contiene en su texto la posibilidad de demandar no sólo a HALCROW, sino a otras empresas distintas, por lo que interpreta que se trata de un poder especial para varios procesos que, conforme al artículo 65 del C. de P.C., debería haberse otorgado por escritura pública.
62. Lo primero que observa el Tribunal respecto de las alegaciones de la parte convocada en el sentido últimamente mencionado, es que ellas debieron haber sido objeto de impugnación al momento en que fue instalado el Tribunal, o cuando fue admitida la demanda o su reforma, mediante recurso de reposición contra el auto de instalación del Tribunal, o contra el auto admisorio de la demanda o de su reforma. Sin embargo, la parte convocada no advirtió dichas razones en el recurso de reposición contra los auto 1 (declaratoria de instalación del Tribunal), 3 (admisorio de la demanda) y 8 (admisorio de la reforma de la demanda). La supuesta indebida representación del Distrito en este proceso por parte de ACUACAR y la insuficiencia del poder otorgado al apoderado judicial de la parte convocante, alegados por la parte convocada en la contestación a la reforma de la demanda, aún si existieren, son ambas causales de inadmisión de la demanda (art. 85, num. 1 y 5 del C. de P.C.), que no fueron alegadas en la oportunidad procesal pertinente, por vía de recurso de reposición.
63. No obstante, el Tribunal no quiere evadir el estudio de los puntos de inconformidad señalados por la convocada y procederá a pronunciarse sobre los mismos para ratificar su propia competencia. En relación con la capacidad legal de ACUACAR para actuar en nombre del Distrito, ya no respecto de la firma del contrato CONSUL-02-BM-2008, sino en cuanto a la iniciación de este trámite arbitral, el Tribunal considera que de la simple lectura del objeto social de ACUACAR, tal y como está descrito en su certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena, se observa que, tras una enumeración de sus actividades principales como Empresa de Servicios Públicos, señala también como parte de sus actividades complementarias a su objeto social

³¹³ En nota al pie de página de la reforma de la demanda, el apoderado de la parte convocante señala que “[e]l término “conjuntamente” que traía la demanda inicialmente debe entenderse como el ejercicio conjunto de la defensa de los intereses de la parte actora, de acuerdo al contrato y al mandato”.

la de “...celebrar... en general cualquier otro tipo de negociación, actos o contratos que tiendan al desarrollo de su objeto social”. Esta facultad estatutaria general, a juicio del Tribunal, comprende la posibilidad de que ACUACAR celebrara con el Distrito, o con cualquier otra persona, contratos de mandato con o sin representación, siempre que ellos estuviesen dirigidos al desarrollo de su objeto social.

64. No puede dejar de notar el Tribunal que este motivo de impugnación invocado por la parte convocante es, de por sí, contradictorio, pues HALCROW, por un lado, reconoce que ACUACAR si está en capacidad de actuar como mandatario y representar al Distrito respecto de la firma del contrato CONSUL-02-BM-2008, pero por otro lado, le pretende negar esa misma capacidad para actuar como mandatario y para representar al Distrito en la iniciación y trámite de este proceso arbitral. Desde el punto de vista estricto de la capacidad legal para ser mandatario y representar a otra persona, empresa o entidad, el Tribunal considera que ACUACAR sí posee, legal y estatutariamente, la facultad para realizar negocios jurídicos que gozan de la naturaleza del mandato, como la misma parte convocada lo ha reconocido respecto de la firma del contrato CONSUL-02-BM-2008. No encuentra, entonces, el Tribunal fundamento alguno en la alegación relativa a la falta de capacidad legal o estatutaria de ACUACAR para haber convocado este Tribunal de Arbitramento en representación del Distrito.
65. Además, la aceptación sustancial y procesal de HALCROW en el sentido de que ACUACAR es representante del Distrito, como ya se dijo, a la luz del artículo 833 del Código de Comercio, implica que el Distrito debe ser considerado parte del pacto arbitral y, por lo mismo, la competencia del Tribunal se extiende a dicho sujeto, sin importar que el mismo sea representado por ACUACAR dentro de este trámite arbitral, situación que actualmente tampoco se configura, puesto que la reforma de la demanda se presenta directamente por el Distrito por intermedio de quien fuera el apoderado de ACUACAR, a partir del poder expresamente conferido a éste para el efecto.
66. Ahora bien, cosa diferente es si ACUACAR contaba con un mandato específico para iniciar este trámite arbitral, que es lo que parece cuestionar la parte convocada. Sobre este punto, el Tribunal encuentra el otorgamiento de este encargo específico, por parte del Distrito a ACUACAR, en el denominado Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación suscrito entre el Distrito y ACUACAR, en cuya cláusula cuarta se dice lo siguiente:

“...ACUACAR defenderá sus intereses conjuntamente con los del Distrito en cualquier escenario y destinará para este fin los recursos necesarios para atenderlos de manera oportuna, diligente y profesional contratando, si fuere el caso, los profesionales que estime necesarios para cumplir adecuadamente con tal labor para lo cual el Distrito otorgará los poderes para la representación judicial cuando así se requiera. Lo anterior no obsta, para que el Distrito opte en algunos casos por actuar de manera directa en tales procedimientos, pero estas actuaciones directas deberán realizarse en acuerdo con Acucar, para mantener unidad de criterio y de defensa”.

67. Por lo tanto, al menos en lo que concierne a la capacidad y a las facultades de ACUACAR para convocar este Tribunal de Arbitramento en representación del Distrito, el Tribunal encuentra la fuente de dicho mandato en la cláusula cuarta del denominado Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación suscrito entre el Distrito y ACUACAR, recién transcrita.
68. En relación con el poder judicial otorgado por ACUACAR al apoderado de la parte convocante, con fundamento en el cual se presentó la demanda inicial, se observa que éste no es un poder para varios procesos judiciales, sino un poder para iniciar un solo trámite arbitral, pero respecto de una pluralidad de partes convocadas y con fundamento en uno o dos contratos, el de consultoría (contrato CONSUL-02-BM-2008) y el de obra (Contrato de Obra Civil N° ALC-01-BM-2008). No obstante, del texto de la demanda, y de su reforma, se puede inferir fácilmente que, aunque estando facultado para convocar a varias empresas a este Tribunal, y con fundamento en los dos citados contratos, se optó por demandar únicamente a HALCROW y fundamentar la demanda sólo en el contrato CONSUL-02-BM-2008. A juicio del Tribunal, esta actuación se encontraba comprendida dentro de las facultades otorgadas al apoderado de la parte convocante y no constituyen, en modo alguno, una extralimitación de sus atribuciones de representación judicial. El poder que cuestiona la parte convocante, en opinión del Tribunal, no es un poder especial para varios procesos, sino un poder especial para un solo proceso en virtud del cual el apoderado podía convocar como demandadas a varias empresas allí citadas, y el hecho de que haya optado por convocar en este proceso a solo una de ellas no invalida su actuación.
69. El hecho de que en el poder en cuestión otorgado por ACUACAR ésta no haya mencionado que confería dicho mandato en nombre y representación del Distrito tampoco es motivo para descalificar la actuación, toda vez que en el texto de la demanda, y en su reforma, se hace evidente que la convocatoria a este Tribunal de Arbitramento fue hecha por ACUACAR en su condición de mandatario del Distrito, y en nombre de éste, mandato que para la convocatoria a este trámite, se reitera, encuentra el Tribunal en la cláusula cuarta del denominado Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación suscrito entre el Distrito y ACUACAR.
70. Por último, el Tribunal observa que el Distrito, además de haber ratificado el mandato conferido a ACUACAR para firmar el contrato CONSUL-02-BM-2008 y actuar como “ejecutor” de proyecto del emisario submarino, también ha ratificado el mandato conferido a ACUACAR para representar judicialmente al Distrito en la convocatoria y trámite de este proceso arbitral. Así lo hizo, mediante escrito de fecha 5 de diciembre de 2011, suscrito por la Dra. Judith Pinedo Flórez, entonces Alcaldesa del Distrito (ver Folio 29 del Cuaderno N° 14 de Pruebas). Ahora, con ocasión de la reforma de la demanda, el Distrito ha decidido intervenir directamente en el presente trámite arbitral, en defensa de sus propios intereses, y ha otorgado para ello poder especial al mismo apoderado que había interpuesto la demanda inicial en su nombre, pero por intermedio de ACUACAR. Ello resulta concordante con lo pactado en el denominado Acuerdo de Arreglo Directo de Reclamación suscrito entre el Distrito y ACUACAR, en cuya cláusula cuarta, al final, se señala que “(...) *lo anterior no obsta,*

para que el Distrito opte en algunos casos por actuar de manera directa en tales procedimientos, pero estas actuaciones directas deberán realizarse en acuerdo con Acuacar, para mantener unidad de criterio y de defensa”.

71. Es importante destacar que este Tribunal de Arbitramento únicamente es competente para decidir la controversia existente entre Halcrow y el Distrito de Cartagena, esto es, si Halcrow incumplió el contrato de interventoría CONSUL-02-BM-2008, si dicho incumplimiento fue la causa, o contribuyó a causar, el hundimiento del Emisario Submarino de Punta Canoa y si, en tal caso, es preciso condenar a Halcrow a resarcir los perjuicios sufridos por el Distrito de Cartagena a raíz de ese evento que aparezcan probados en el expediente.
72. Por tanto, el Tribunal carece de competencia para conocer, o pronunciarse, respecto de la ejecución del contrato de obra civil No. ALC-01 BM-2008 suscrito entre el Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall y el Distrito de Cartagena (representado por ACUACAR) y, por lo tanto, se abstendrá de hacer manifestación alguna sobre si hubo o no hubo incumplimiento de dicho contrato, o si se derivaron perjuicios para el Distrito de Cartagena por las acciones o las omisiones del Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall.

Tras estas consideraciones, y volviendo ahora a la fuente de la competencia de los árbitros, este Tribunal encuentra que la controversia deferida a su decisión, se encuentra comprendida dentro del ámbito del pacto arbitral contenido en el contrato CONSUL-02-BM-2008, del cual son partes el Distrito, como parte convocante, y HALCROW, como parte convocada, lo cual otorga fundamento legal suficiente para que el Tribunal ratifique su competencia y proceda a decidir de fondo.

73. Sin embargo, antes de decidir de fondo, debe pronunciarse el Tribunal sobre el carácter de internacional del presente arbitraje. En efecto, la presencia de HALCROW dentro del proceso arbitral, la cual es una sociedad extranjera, genera en el Tribunal la inquietud de si el arbitraje es de naturaleza nacional o internacional. Para resolver esa inquietud, el Tribunal considera pertinente hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 315 de 1996, norma aplicable al presente trámite arbitral. Señala la citada norma:

ARTÍCULO 1o. CRITERIOS DETERMINANTES. Será internacional el arbitraje cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre que además se cumpla con cualquiera de los siguientes eventos:

- 1. Que las partes, al momento de la celebración del pacto arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes.*
- 2. Que el lugar de cumplimiento de aquella parte sustancial de las obligaciones directamente vinculada con el objeto del litigio se encuentre situado fuera del Estado en el cual las partes tienen su domicilio principal.*

3. Cuando el lugar del arbitraje se encuentra fuera del Estado en que las partes tienen sus domicilios, siempre que se hubiere pactado tal eventualidad en el pacto arbitral.

4. Cuando el asunto objeto del pacto arbitral vincule claramente los intereses de más de un Estado y las partes así lo hayan convenido expresamente.

5. Cuando la controversia sometida a decisión arbitral afecte directa e inequívocamente los intereses del comercio internacional.

PARÁGRAFO. En el evento de que aun existiendo pacto arbitral alguna de las partes decida demandar su pretensión ante la justicia ordinaria, la parte demandada podrá proponer la excepción de falta de jurisdicción con sólo acreditar la existencia del pacto arbitral.

74. De la lectura de la norma transcrita aparece que para considerar como internacional un arbitraje en el derecho colombiano se requiere, de una parte, que se hubiera estipulado en el pacto arbitral que el arbitraje sería internacional y, de otra, que se cumpla con alguno de los cinco eventos señalados en la norma.

75. Para la aplicación de lo anterior en el caso concreto, debe recordarse que la cláusula compromisoria se encuentra integrada por la cláusula 7 de las Condiciones Generales de Contratación del Contrato No. CONSUL – 02 – BM-2008, en concordancia con la cláusula 7.2 de las Condiciones Especiales del Contrato del mismo negocio.

76. En la cláusula 7 de las Condiciones Generales del Contrato se estipuló lo siguiente:

7.1 Solución amigable

Las Partes harán lo posible por llegar a una solución amigable de todas las controversias que surjan de este Contrato o de su interpretación.

7.2 Solución de controversias

Toda controversia entre las Partes relativa a cuestiones que surjan en virtud de este Contrato que no haya podido solucionarse en forma amigable dentro de los treinta (30) días siguientes a la recepción por una de las Partes de la solicitud de la otra Parte para encontrar una solución amigable, podrá ser presentada por cualquiera de las Partes para su solución conforme a lo dispuesto en la CEC.

77. A su vez, en el numeral 7.2 de las Condiciones Especiales de Contratación del Contrato CONSUL-02-BM-08, se pactó lo siguiente:

7.2 Se utilizarán los procedimientos de arbitraje del Centro de Arbitraje, Conciliación y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Cartagena.

78. La lectura sistemática e integrada de la Cláusula 7 de las Condiciones Generales de Contratación, en concordancia con la Cláusula 7.2 de las Condiciones Especiales de Contratación del Contrato CONSUL-02-BM-2008, permiten concluir que ante el surgimiento de una controversia relacionada con este contrato que no pudiera ser superada mediante arreglo directo entre las partes, cualquiera de ellas podría acudir al procedimiento arbitral, de acuerdo con las reglas de procedimiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, lo cual evidencia la voluntad libre e inequívoca de las partes de someter sus diferencias a la decisión de un tribunal de arbitramento, y por ende, evidencia también la existencia del pacto arbitral.
79. Al respecto, debe recordarse que dado que una de las partes de este trámite arbitral es una entidad estatal, no puede darse aplicación a las reglas de procedimiento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cartagena, sino que por mandato del artículo 6-3 de la Ley 1285 de 2009, que modificó el artículo 13 de la Ley 270 de 1996, a este trámite arbitral le resulta aplicable el procedimiento establecido en la ley.
80. En todo caso, es claro que las partes no estipularon que se trataría de un arbitraje internacional, lo cual hace, por sí mismo, que la simple presencia de una sociedad extranjera no le otorgue el carácter de internacional al presente trámite arbitral. En efecto, la primera condición para que exista un arbitraje internacional consiste en que así se hubiera estipulado, condición que no se configura en el caso concreto, lo cual permite al Tribunal que estamos ante un arbitraje nacional.

III. El origen de la controversia

81. La presente controversia se origina en la ejecución del Contrato CONSUL-02-BM-2008, celebrado el 5 de Noviembre de 2008 entre Halcrow Group Ltd. (en adelante HALCROW) (Carpeta No.5 de pruebas documentales) y el Distrito de Cartagena (en adelante el Distrito), representado para este efecto por la empresa Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. (en adelante ACUACAR), en su condición de organismo ejecutor del contrato de préstamo N° 7404-CO. El objeto de este contrato era la Consultoría para la interventoría técnica y ambiental para la construcción e inspección del Emisario Submarino, trabajo para el cual se acordó un plazo de 21 meses. El precio pactado por el trabajo de interventoría contratado fue de US\$1, 079,275, más US\$172,684 por concepto de IVA, más la suma de COP\$266, 365,998, más COP\$42,618,560 por concepto de IVA.
82. Además de la minuta misma del Contrato CONSUL-02-BM-2008, que contiene las Condiciones Generales del Contrato y las Condiciones Especiales del Contrato, forman parte integral del mismo los Términos de Referencia y la Propuesta Técnico-Financiera de Halcrow Group Ltd. negociada el 5 de marzo de 2008.

La obra cuya interventoría constituye el objeto del Contrato CONSUL-02-BM-2008 era el denominado "Emisario Submarino" de Punta Canoa, que consistía en la construcción e instalación de un tubo submarino de 4.3 kilómetros de longitud y 1800 milímetros de diámetro que se ubicaría en el lecho marino en zona costera cercana a Punta Canoa.

83. La construcción e instalación del Emisario Submarino de Punta Canoa estaba a cargo del Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall, integrado por las sociedades EDT Marine Construction y EDT Towage And Salvage CO. LTD. (en adelante el Consorcio EDT, o simplemente EDT), en virtud del contrato de obra civil No. ALC-01 BM-2008 suscrito entre dicho consorcio y el Distrito de Cartagena, nuevamente representado para este efecto por ACUACAR. (Carpeta No.1 de pruebas documentales).

84. De acuerdo con este contrato de obra civil, la descripción de la obra objeto de la interventoría contratada con Halcrow es la siguiente:

“(…)

3. Descripción del trabajo: El trabajo consiste en la instalación en el mar de una tubería de 1800 mm de diámetro al interior. El material a instalar será polietileno de alta densidad. Se instalará una longitud total de 4.32 Kms en donde se distinguen dos tipos de instalación, la primera con una longitud de 2.56 Kms en la que la tubería permanece enterrada en el lecho marino y la segunda con una longitud de 1.76 Kms en la que la tubería permanece expuesta sobre el lecho marino. A lo largo de toda la tubería se instalarán tres tipos de lastres de concreto según se requieran. La zona de difusores consiste en 162 orificios de 150 mm de diámetro”.

85. La obra civil descrita, y que debía ser objeto de interventoría por parte de Halcrow en virtud del contrato que origina esta controversia, debía ser realizada en un plazo de 18 meses y por un valor de COP\$57.576.134.000.00 sin aranceles, impuestos de importación e IVA de la tubería.

86. De conformidad con los hechos de la demanda, el Emisario Submarino fue construido y tras varios intentos fallidos, se inició la maniobra de transporte e instalación en el sitio de Punta Canoa el 27 de Noviembre de 2010; tras diversas contingencias, finalmente el Emisario Submarino se rompió en varias secciones y se hundió en el mar en la madrugada del 2 de Diciembre de 2010, quedando muchas de las partes del tubo a la deriva.

La controversia que ocupa a este Tribunal de Arbitramento se origina en el hecho de que el Distrito de Cartagena sostiene que Halcrow incumplió gravemente con sus obligaciones como interventor, consagradas en el Contrato CONSUL-02-BM-2008, y que dicho incumplimiento fue causa del hundimiento del Emisario Submarino. Halcrow, por su parte, sostiene que cumplió todas y cada una de sus obligaciones como interventor derivadas del Contrato CONSUL-02-BM-2008, y que no existe relación de causalidad alguna entre sus acciones u omisiones y el hundimiento del Emisario Submarino. Sostiene, además, que aún si el Distrito de Cartagena hubiese sufrido perjuicios por dicho evento, los mismos ya habrían sido indemnizados por ACUACAR, en virtud del acuerdo de arreglo directo suscrito entre el Distrito de Cartagena y ACUACAR el 17 de Febrero de 2011.

IV. Naturaleza jurídica del contrato y régimen jurídico aplicable

87. Para efectos de la solución de fondo de la controversia puesta a consideración del Tribunal, es necesario determinar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable al Contrato No. CONSUL-02-BM-2008, celebrado entre ACUACAR y HALCROW con fecha 5 de noviembre de 2008.
88. La determinación de la naturaleza jurídica del contrato celebrado resulta fundamental para la solución de fondo de la controversia, toda vez que dependiendo de la calificación jurídica que haga el Tribunal del contrato se establecerá el régimen jurídico aplicable, pues como lo ha dicho la doctrina, *“al mismo tiempo que a la reglas generales de las obligaciones contractuales, cada contrato está sometido a reglas que le son particulares”*³¹⁴.
89. De esta manera, según la calificación jurídica que otorgue el Tribunal al contrato podrán fijarse diversos aspectos de su régimen de derecho, entre ellos – y para efectos de lo que interesa al caso concreto –, el alcance de las actividades y de la responsabilidad a cargo del contratista HALCROW.
90. Con esa finalidad, en primer lugar, el Tribunal analizará los documentos contractuales relevantes que permitirán determinar la naturaleza del contrato celebrado y, con ella, el alcance de las obligaciones a cargo del contratista, como se expone en los párrafos siguientes.
91. El primer documento relevante es el Contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008, celebrado entre ACUACAR (en nombre y representación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias) y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, cuyo objeto era la construcción del emisario submarino. Para el Tribunal, la importancia de este contrato es manifiesta, porque el mismo fue el objeto de los servicios prestados por HALCROW en virtud del Contrato No. CONSUL-02-BM-2008, celebrado entre ACUACAR y HALCROW con fecha 5 de noviembre de 2008.
92. Para efectos de lo que interesa en este punto de la controversia, el Tribunal destaca las definiciones contenidas en el numeral 2.1 de las Condiciones Generales del Contrato. En dichas definiciones se expresa lo siguiente:

“El “Jefe de Obra” es la persona jurídica o física que, por su competencia técnica, ha sido encargada por el Contratante de dirigir y supervisar la ejecución de las obras y de proponer su recepción y su pago; si es una persona jurídica, la expresión designa asimismo a la persona física que es la única autorizada para representarla, entre otras cosas, para firmar las órdenes de ejecución”.

93. De acuerdo con lo anterior, la expresión Jefe de Obra hace referencia a la persona que ejecuta las labores de control y vigilancia sobre la correcta ejecución de las obras, interpretación que además es reiterada con la lectura de las demás cláusulas del contrato de obra, en la cuales las labores atribuidas

³¹⁴ Cfr. HENRI MAZEAUD, LEÓN MAZEAUD y JEAN MAZEAUD. *Lecciones de derecho civil*, parte tercera – vol. III, Los principales contratos, traducción de la 1ª ed. francesa, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962, p. 1.

al Jefe de Obra son las propias de la vigilancia técnica, ambiental, administrativa y financiera de la ejecución del contrato de obra.

94. En los términos de referencia del Pedido de Propuestas CDT-ALC-CONSUL-12-BM-2006 se identificó como objeto de la contratación la *“Interventoría Técnica y Ambiental para la Construcción e Inspección del Emisario Submarino”*. Para efectos de comprender el verdadero alcance de dicho objeto, el Tribunal considera necesario hacer referencia a la Sección 5 de dicho documento. En el numeral 1.0 de esa Sección 5, que contiene la *“Introducción y Antecedentes”*, se expresó lo siguiente:

“Acuacar piensa contratar a una firma consultora para realizar la interventoría técnica, administrativa y ambiental para la supervisión del proyecto. Los servicios incluirán la inspección y actividades de supervisión técnica, administrativa y ambiental relacionadas con la construcción del emisario y proveer asistencia técnica a Acuacar que sea requerida en la administración del contrato de construcción.”

“Una de las tareas fundamentales en el contrato de construcción es asegurar que el Contratista desarrolle un Programa de Aseguramiento de la Calidad (PAC) completo y efectivo para cumplir con los compromisos contractuales en la construcción del emisario submarino...”

[...]

“Este documento presenta los objetivos, alcance y actividades establecidos para la interventoría integral, con los lineamientos del plan de aseguramiento de calidad e instructivos de apoyo que permita asegurar una gestión de supervisión transparente, eficiente y eficaz del contrato de construcción y fortalecer, a su vez, la cultura organizacional para la ejecución de este importante proyecto y prevenir riesgos en su desarrollo”.

95. A su vez, en el numeral 2.1 de la misma Sección 5 de los términos de referencia se lee lo siguiente:

“La interventoría integral del proyecto de Construcción del emisario submarino de Cartagena tiene el objeto de representar a Aguas de Cartagena, supervisar y controlar las actividades del contratista, para asegurar que el proyecto sea ejecutado de acuerdo con las especificaciones y normas técnicas establecidas, en concordancia con el Plan de Aseguramiento de la Calidad aprobado al Contratista, así como verificar que se cumplan las actividades administrativas, legales, contables, financieras y presupuestales establecidas en los pliegos de condiciones o términos de referencia del contrato.”

[...]

En general, el Interventor realizará el control, supervisión y verificación de la construcción

global del Proyecto y de los trabajos, servicios, obras y actividades contratadas y realizará la supervisión in situ y la inspección de la construcción del Proyecto”.

96. En concordancia con lo anterior, en el numeral 2.2 de la misma Sección 5 se establecen los objetivos del contrato, entre otros, los siguientes:

“Asegurar mediante una interventoría integral y proactiva, la calidad del desarrollo del contrato de construcción del emisario submarino de la ciudad de Cartagena de Indias.

“Representar a Aguas de Cartagena para la adecuada ejecución del contrato de construcción del proyecto, apoyando a la empresa en la dirección y coordinación del mismo”.

97. De acuerdo con la lectura de los diversos apartes de la Sección 5 de los términos de referencia que fueron transcritos, es evidente para el Tribunal que se buscaba seleccionar a un contratista que verificara el cumplimiento correcto del contrato de construcción del emisario submarino, así como que representara a ACUACAR en las diversas decisiones que debían adoptarse en la ejecución de la obra.
98. Por su parte, HALCROW, en su propuesta, al establecer la metodología de trabajo, dividió las actividades en documentación, interventoría de obras y desmovilización. En dicha metodología quedó claro que la documentación era una actividad preparatoria y la desmovilización una actividad final, de tal manera que la actividad principal a su cargo sería la interventoría de obras, la cual comprendía, según la propuesta, *“las actividades de inspección, supervisión técnica, administración, ambientales y de seguridad y salud ocupacional asociadas a las obras propiamente tales”.*
99. Es decir, que al momento de presentar la propuesta, para HALCROW era claro que el objeto principal de las actividades a su cargo era llevar a cabo la interventoría de la construcción del emisario submarino, de tal manera que sus actividades serían las propias de un interventor.
100. El objeto general del Contrato No. CONSUL-02-BM-2008 celebrado fue la **“INTERVENTORÍA TÉCNICA Y AMBIENTAL PARA LA CONSTRUCCIÓN E INSPECCIÓN DEL EMISARIO SUBMARINO”**. Frente a ese objeto general, el mismo contrato incorpora la Sección 5 de los términos de referencia, cuyo contenido fue analizado antes. En efecto, en el Apéndice A – Descripción de los Servicios se incorpora explícitamente el contenido de la citada Sección 5 de los términos de referencia.
101. Lo anterior implica que el objeto del contrato celebrado consiste en que HALCROW llevará a cabo las labores de vigilancia de la correcta ejecución del Contrato de obra civil ALC-01-BM-2008 cuyo objeto es la construcción del emisario submarino de Cartagena, para lo cual se autorizó, incluso, que será el representante de ACUACAR frente al contratista de construcción.

102. En segundo lugar, el Tribunal observa que en el propio contrato, las partes pactaron el régimen jurídico aplicable a la relación jurídico-negocial. Es así como en las condiciones generales del contrato, concretamente en los numerales 1.1 y 1.2 se estipuló lo siguiente:

“1.1. Definiciones. A menos que el contexto exija otra cosa, cuando se utilicen en este Contrato, los siguientes términos tendrán los significados que se indican a continuación:

(a) “Ley aplicable” significa las leyes y cualesquiera otras disposiciones que tengan fuerza en el país del Gobierno (o en el país que se especifique en las Condiciones Especiales del Contrato (CEC)) y que de cuando en cuando puedan dictarse y estar en vigencia;

[...]

(g) “Gobierno” significa el gobierno del país del Contratante;

1.2. Ley que rige el Contrato. Este Contrato, su significado e interpretación, y la relación que crea entre las Partes se regirán por la ley aplicable.”

103. Además, debe tenerse en cuenta que en las Condiciones Especiales del Contrato, se incluyeron modificaciones a las Condiciones Generales de Contratación. Entre las modificaciones introducidas, se encuentra una relacionada con la cláusula 1.1.a) de las Condiciones Generales de Contratación, en virtud de la cual: *“La expresión “en el país del Gobierno” se cambia por “en Colombia”*”. Es decir, que las partes estipularon que en la ejecución del Contrato No. CONSUL-02-BM-2008 se aplicaría la ley colombiana.

104. De otra parte, como se explicó atrás, ACUACAR, al celebrar el Contrato No. CONSUL-02-BM-2008, en realidad actuó como mandatario del Distrito de Cartagena, esto es, actuó en nombre y representación de esa entidad territorial. De esa manera, aunque quien hubiera suscrito el contrato fuera ACUACAR, entiende el Tribunal que quien es parte del mismo es el Distrito de Cartagena.

105. Así mismo, en cuanto a las actividades de HALCROW dentro del contrato de consultoría celebrado, el Tribunal encuentra el oficio de 6 de septiembre de 2012, suscrito por el Gerente de Proyecto del Departamento de Desarrollo Sostenible de la Región de América Latina y El Caribe del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – BIRF, en el cual expresa lo siguiente:

- *“Durante la preparación del proyecto se preparó el Project Appraisal Document correspondiente el cual contemplaba la contratación de una firma especializada que asumiera la interventoría (en inglés “construction supervision”) de las obras del emisorario submarino, puesto que ACUACAR no contaba con la experiencia y competencia técnica para realizar dicha interventoría. Dicha contratación fue incluida en el Plan de Adquisiciones del Proyecto desde el principio del Proyecto.*

- *“Hemos tomado conocimiento que el 8 de febrero 2008, ACUACAR suscribió con el Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall el contrato ALC-01-BM-2008 para llevar a cabo las Obras de Suministro e Instalación del Emisario Submarino. Dicho contrato siguió el formato estándar del Banco denominado “Contratación de Obras Mayores Derecho Civil (1999)”. En dicho contrato se incluye la figura del Jefe de Obra cuyas funciones corresponden a las de una interventoría. En el momento de firmar el contrato ALC-01-BM-2008, la firma especializada para adelantar la interventoría no se había contratado.*
- *“Hemos tomado conocimiento que para adelantar las funciones de la interventoría en nombre de ACUACAR, el 5 de noviembre de 2008, ACUACAR suscribió con la firma Halcrow Group Limited el contrato CONSUL-02-2008 para la Interventoría Técnica y Ambiental para la Construcción e Inspección del Emisario Submarino”.*
- En el mismo sentido, en oficio de 18 de abril de 2013, en respuesta a un requerimiento del Tribunal, el Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento) expresó:

“El Project Appraisal Document contemplaba la contratación de una firma especializada que asumiera la interventoría de las obras (“construction supervisor”) del emisario submarino. En su momento tomamos conocimiento que el 5 de noviembre de 2008, Aguas de Cartagena S.A., E.S.P. suscribió con la firma Halcrow Group Limited un contrato para la Interventoría Técnica y Ambiental para la Construcción e Inspección del Emisario Submarino”. (Folios 1428 al 1430 del Tomo IV. Cuaderno Principal).

106. De acuerdo con lo anterior, a pesar de que el Contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008 haga referencia a la figura del “jefe de obra”, el Tribunal entiende que dicha figura corresponde estrictamente al concepto de “interventor”, lo cual es, además, coherente con el objeto y alcance del Contrato de consultoría No. CONSUL-02-BM-2008, el cual hace referencia simplemente a una interventoría. De esta forma, las obligaciones y el régimen de responsabilidad del contratista es el propio de un interventor.

107. Con base en las anteriores transcripciones y análisis, concluye el Tribunal que el Contrato No. CONSUL-02-BM-2008 tiene la naturaleza de contrato de consultoría, pero más específicamente, de un contrato de interventoría. Para llegar a la anterior conclusión, el Tribunal recuerda que el artículo 32-2 de la Ley 80 de 1993 define al contrato de consultoría e incluye a la interventoría como una especie de esa clase de contratos. Dispone la norma:

“Son contratos de consultoría los que celebren las entidades estatales referidos a los estudios necesarios para la ejecución de proyectos de inversión, estudios de diagnóstico,

prefactibilidad o factibilidad para programas o proyectos específicos, así como a las asesorías técnicas de coordinación, control y supervisión.

“Son también contratos de consultoría los que tienen por objeto la interventoría, asesoría, gerencia de obra o de proyectos, dirección, programación y la ejecución de diseños, planos, anteproyectos y proyectos.

“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente. Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias y ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato.”

108. Al citado contrato también se refiere el inciso final del artículo 32-1 de la Ley 80 de 1993 en los siguientes términos:

“En los contratos de obra que hayan sido celebrados como resultado de un proceso de licitación o concurso públicos, la interventoría deberá ser contratada con una persona independiente de la entidad contratante y del contratista, quien responderá por los hechos y omisiones que le fueren imputables en los términos previstos en el artículo 53 del presente estatuto”.

109. De las anteriores previsiones normativas, aparece que la labor de interventoría, de una parte, debe ser ejercida por medio de un tercero y, de otra, corresponde a la adecuada vigilancia, control o fiscalización de la ejecución y liquidación de un contrato estatal. Al respecto, debe hacerse notar que la anterior conclusión fue ratificada por el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que aunque no es aplicable al contrato, hace una diferencia clara entre supervisión e interventoría contractual, en virtud de la cual la supervisión corresponde a la vigilancia de la ejecución del contrato hecha directamente por la entidad estatal, y la interventoría hace referencia a la vigilancia de la ejecución del contrato realizada por un tercero externo y contratado por la entidad.

110. De acuerdo con lo anterior, cuando dicha labor de vigilancia, control y fiscalización es ejercida por un tercero contratado para el efecto, aparece el contrato de interventoría, el cual corresponde, entonces, a aquel contrato conexo que tiene por objeto que un tercero, llamado interventor, realice las funciones de coordinar, controlar, supervisar, vigilar y dirigir la correcta, eficiente y eficaz ejecución y liquidación de un contrato estatal principal. Por consiguiente, este interventor deberá ser un tercero ajeno a la relación jurídica derivada del contrato principal que es objeto de las labores enunciadas.

111. A ese respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha expresado lo siguiente sobre el contrato de interventoría: *“En ese orden de ideas, hace parte de la naturaleza del contrato que el interventor controle, supervise, vigile, fiscalice las obras”*³¹⁵; es decir, que el contrato que tiene por objeto vigilar la correcta ejecución de otro contrato es un contrato de interventoría. La jurisprudencia administrativa ha definido ese contrato así:

³¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de

“Pese a que el ordenamiento jurídico colombiano no trae la definición legal de la interventoría,... se puede inferir de manera general que ésta constituye una especie de consultoría que tiene por objeto inspeccionar, vigilar y controlar la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas en desarrollo contrato que lo subyace, en los aspectos técnicos y tecnológicos, para lo cual incluso, tiene la facultad de revisar los libros de contabilidad y requerir del contratista la información que considere necesaria para el buen desempeño de su labor, por tal razón la interventoría sea externa o interna debe ser ejercida personas que tengan no solo los conocimientos sino la experiencia necesaria a tal efecto”³¹⁶.

112. Por su parte, una decisión de la justicia arbitral ha definido el contrato de interventoría en los siguientes términos:

“Dentro del género consultoría, la interventoría es un contrato específico cuyo objetivo es lograr aciertos, evitar falencias y equivocaciones relativos a los lineamientos del contrato, particularmente en lo relativo al diseño, cronograma, terreno y términos de referencia. Los elementos que tiene a su alcance para el cumplimiento de su misión, son sus credenciales de idoneidad y el empleo de conocimientos para la verificación de cantidades, medidas, y calidades”³¹⁷.

113. Como puede verse, se trata de un contrato estatal nominado y al cual la ley dota de un régimen jurídico específico. Como características particulares de esta clase de contrato, el Tribunal destaca que se trata de un contrato (i) accesorio o conexo, pues su existencia depende de la existencia de otro contrato principal sobre el cual han de ejecutarse las labores de fiscalización; (ii) bilateral, oneroso y conmutativo, en tanto que del mismo se desprenden obligaciones recíprocas para cada una de las partes (ejecutar la labor para el interventor y pagar

febrero de 2013, expediente 24.266.

³¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 16 de julio de 2008, expediente 25.292.

³¹⁷ Tribunal de Arbitramento de *Concay S.A. y Constructora Ineconte Limitada* contra *Instituto Nacional de Vías – Invías*. Laudo de 20 de abril de 2005. En otra oportunidad, la misma justicia arbitral señaló lo siguiente: “El contrato de interventoría ostenta nomen y disciplina normativa, es de carácter estatal y, por su virtud, se desarrollan actividades de control, supervisión, vigilancia, coordinación y asesoría en los órdenes administrativo, técnico, financiero y legal en procura del cumplimiento de los fines de la contratación, del objeto contractual, de las obligaciones asumidas por el contratista, su calidad, eficiencia e idoneidad, la tutela de los derechos e intereses de la comunidad y de las partes” (Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Compañía de Estudios e Interventorías S.A. – CEI S.A.* contra *Instituto de Desarrollo Urbano – IDU*. Laudo de 10 de abril de 2003). Así mismo, la justicia arbitral ha dicho: “El contrato de interventoría considerado como aquel conexo a un contrato de construcción de obra material cuando se requiera la verificación por parte de un tercero de la ejecución de las obligaciones de cada una de las partes contratantes, ha sido definido doctrinariamente como aquel donde la prestación consiste en desplegar un servicio de supervisión y control que permita corroborar las condiciones de cumplimiento del objeto contractual, a la vez que asegure, en el caso del contrato estatal, la correcta destinación de los recursos públicos” (Cfr. Tribunal de Arbitramento de *Construcciones Carrillo Caycedo S.A. – Concay S.A.* contra *Departamento de Cundinamarca*. Laudo de 7 de marzo de 2008).

el precio para la entidad), genera utilidades o beneficios para ambas partes (permite la labor de fiscalización para la entidad y da lugar a una ganancia económica para el interventor) y el valor recibido es visto como equivalente a las labores ejecutadas por el interventor, y (iii) se trata de un contrato de tracto o ejecución sucesiva, pues su ejecución corre paralela con la del contrato que es objeto de fiscalización.

114. Como aspecto fundamental para el análisis del caso concreto, el Tribunal destaca que una de las notas que caracteriza al contrato de interventoría y que lo permite diferenciar de otros mecanismos contractuales en los cuales se prestan servicios a favor del Estado, como lo son los contratos de prestación de servicios, es la especial autonomía e independencia con la cual actúa el interventor respecto de la entidad estatal que lo contrata. Así las cosas, el interventor no es, respecto de la entidad estatal, sino apenas un sujeto de derecho que presta sus servicios de control, vigilancia y fiscalización de la correcta ejecución de otro contrato estatal.

Ahora bien, en cuanto al régimen jurídico que gobierna la ejecución del contrato, no cabe duda para el Tribunal que éste se desprende del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, conclusión a la que se arriba a partir de las siguientes consideraciones.

115. En primer lugar, como se expresó atrás, en los numerales 1.1 y 1.2 de las Condiciones Generales de Contratación, modificados parcialmente en las Condiciones Especiales del Contrato, las partes estipularon que la legislación aplicable al Contrato sería la de Colombia. Sin embargo, para el Tribunal aparece la inquietud de qué debe entenderse por ley de Colombia.

116. Para dar respuesta a esa inquietud, debe tenerse en cuenta que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 señala que *“son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”*. Para comprender adecuadamente la anterior definición, debe tenerse en cuenta igualmente que el literal a) del artículo 2º de la misma Ley 80 de 1993 señala que *“se denominan entidades estatales...los distritos especiales”*. Finalmente, en cuanto al campo de aplicación del citado Estatuto, no puede perderse de vista que el artículo 1º de la misma Ley 80 de 1993 señala que *“la presente ley tiene por objeto disponer las reglas y principios que rigen los contratos de las entidades estatales”* y el inciso primero del artículo 13 dispone que *“los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2 del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta Ley”*.

117. En resumen, a partir de los artículos 1º, 2º, 13 y 32 de la Ley 80 de 1993 puede concluirse que los contratos celebrados por las “entidades estatales”, concepto dentro del cual se incluyen a los distritos, se denominan “contratos estatales” y se someten a las reglas pactadas en los contratos, a las establecidas en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y al derecho privado

118. Dentro de ese marco, no cabe duda de que el contrato celebrado entre ACUACAR y HALCROW es un típico contrato estatal, sometido a las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en la medida en que la entidad contratante es el Distrito de Cartagena de Indias (quien actúa a través de ACUACAR) que es un “distrito” y, por lo mismo, una entidad estatal.

119. De esta manera, en aplicación de la regla explicada atrás, como es un contrato celebrado por una “entidad estatal”, se somete al régimen consagrado en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.
120. La única duda que podría aparecer consistiría en que el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, vigente al momento de celebración del contrato, autoriza la aplicación de los reglamentos de contratación de las entidades multilaterales de crédito cuando quiera que los contratos sean financiados con recursos de éstas. De esta manera, como el contrato objeto de atención del Tribunal fue financiado con recursos del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – BIRF, que es una entidad multilateral de crédito, podría pensarse que el régimen jurídico que gobierna la ejecución del contrato celebrado entre El Distrito de Cartagena y HALCROW se encuentra en los reglamentos de contratación de ese Banco.
121. Frente a lo anterior, el Tribunal destaca, de una parte, que la redacción del inciso final del artículo 13 no hace obligatoria la aplicación de estos reglamentos, sino que es facultativo de la entidad contratante, de acuerdo con las condiciones del crédito otorgado, lo cual se desprende de la frase “*podrán someterse a los reglamentos de tales entidades*” que carece de una redacción imperativa.
122. De otra parte, lo pactado explícitamente por las partes en los numerales 1.1 y 1.2 de las Condiciones Generales de Contratación, modificados parcialmente en las Condiciones Especiales del Contrato, excluye, sin lugar a dudas, la aplicación de los reglamentos del BIRF para la ejecución del contrato. Lo anterior, aclara el Tribunal, resulta independiente a que el procedimiento de selección del contratista haya sido gobernado por los reglamentos del BIRF, sin que ello signifique, de manera alguna, que dichas reglas puedan trasladarse a la fase de ejecución del contrato.
123. Es decir, que mientras la celebración del Contrato No. CONSUL-02-BM-2008 y la selección del contratista se sometieron a los reglamentos del BIRF en virtud de lo autorizado por el inciso final del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, la ejecución y efectos de dicho contrato estarán sometidos a las reglas legales colombianas, en los términos que a continuación se explican.
124. Así, para el Tribunal, el régimen jurídico que gobierna la ejecución y efectos del Contrato No. CONSUL-02-BM-2008 se encuentra conformado de la siguiente manera: (i) en primer lugar, por las reglas expresamente pactadas por las partes en el texto del contrato y de los demás documentos que formen parte del mismo, como son los pliegos de condiciones y la propuesta, así como por las reglas que de buena fe se desprendan de la naturaleza de las obligaciones convenidas; (ii) en concordancia con esas reglas, por las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aplicables a los contratos de consultoría; (iii) en concordancia con los anteriores dos grupos normativos, por las reglas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública aplicables a toda clase de contratos estatales, y (iv) en ausencia de normas explícitas aplicables en los anteriores tres grupos normativos, por las reglas pertinentes del derecho privado contenidas especialmente en los Códigos Civil y de Comercio.

V. Régimen de responsabilidad contractual aplicable al contrato de interventoría y las obligaciones contractuales de Halcrow derivadas de su carácter de profesional

125. Tomando en consideración que en acápite anterior el Tribunal concluyó que el Contrato No. CONSUL-02-BM-2008, celebrado entre ACUACAR y HALCROW, es un contrato de interventoría y dado que las pretensiones se orientan a que se declare la responsabilidad contractual de Halcrow, es necesario indagar sobre el régimen jurídico aplicable a la responsabilidad contractual del interventor.
126. Para comprender el alcance de esta responsabilidad, debe tenerse en cuenta que, como concluimos antes, el régimen de ejecución y efectos del contrato de interventoría objeto del presente trámite arbitral se encuentra en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, en su texto vigente a la fecha de celebración del negocio (5 de noviembre de 2008).
127. De ese complejo normativo, en primer lugar, destaca el Tribunal el artículo 26-8 de la Ley 80 de 1993, según el cual, *“los contratistas responderán y la entidad velará por la buena calidad del objeto contratado”*. El anterior enunciado normativo consagra el principio básico de responsabilidad en el sentido de que los contratistas deben ejecutar el contrato y entregar un objeto a la entidad que sea coherente con el objeto contratado.
128. A su vez, el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, en su texto original antes de la modificación introducida por el artículo 82 de la Ley 1474 de 2011, dispone lo siguiente en relación con la responsabilidad de los interventores:

“Artículo 53º.- De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y Asesores. Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría, o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fuere imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría”.

129. De acuerdo con la anterior norma, además de la responsabilidad que corresponde a cualquier contratista, los interventores tienen una responsabilidad especial que se deriva de la particular naturaleza del contrato celebrado y de las funciones que debe desarrollar a favor de la entidad estatal. En ese sentido, los interventores serán responsables (i) por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones directamente resultantes del contrato de interventoría, y (ii) por los perjuicios derivados de la celebración y ejecución de los contratos objeto de vigilancia por parte del interventor que sean el resultado de acciones u omisiones del propio interventor.

130. La anterior consideración resulta particularmente importante para el caso objeto de estudio por parte del presente Tribunal, pues de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, resulta legalmente adecuado hacer un juicio de responsabilidad patrimonial sobre los interventores en relación con los perjuicios sufridos por la entidad y que tengan origen en la ejecución del contrato que fue objeto de vigilancia y control por parte del interventor (en el caso concreto, el contrato de obra civil). Naturalmente, en ese juicio deberán tenerse en cuenta las obligaciones contractuales y legales del interventor y la causalidad de su intervención u omisión con el perjuicio sufrido por la entidad que tenga origen en la ejecución del contrato vigilado.
131. De esta manera, en virtud del artículo 53 de la Ley 80 de 1993, es perfectamente posible hacer un juicio de responsabilidad sobre HALCROW en relación con los perjuicios sufridos por el Distrito de Cartagena, los cuales tengan origen en la forma en que fue ejecutado el contrato de obra civil celebrado con el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL.
132. Con todo, aclara el Tribunal que el juicio de incumplimiento del contrato de interventoría es completamente independiente al juicio de incumplimiento del contrato de obra pública, pues como lo ha dicho el Consejo de Estado, la interventoría se ha caracterizado *“como un contrato íntimamente relacionado en su objeto con el de obra respecto del cual ejerce su actividad el interventor, y como un contrato que a pesar de lo anterior, resulta independiente de éste en aspectos específicos como la prórroga y el incumplimiento, esto es, que la prórroga de la obra no implica de suyo la del interventor y que el incumplimiento del contrato de obra jamás significa por sí solo el incumplimiento del de interventoría”*³¹⁸.
133. Esta especial responsabilidad de los interventores se deriva del hecho de que ellos ejercen función pública y, como tal, son sujetos cualificados, de tal manera que su responsabilidad debe ser superior a la que ordinariamente asume un contratista de la administración pública. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“De acuerdo con el numeral primero del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 dentro de los derechos y deberes de las entidades estatales para la consecución de los fines de la contratación estatal se encuentra el de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato.

“Así mismo de acuerdo con el numeral 1 del artículo 26 del mismo estatuto los servidores públicos están obligados a buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto del contrato y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato.

“Para efectos de dicha vigilancia la administración contratante puede designar uno de sus servidores, que asume la labor de interventoría de un contrato determinado. En su calidad

³¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 24.266.

de servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y la ley.

“La entidad puede también contratar los servicios de un particular para realizar la interventoría del contrato, bien, porque la ley así se lo exija, -para los contratos de obra que se hayan sido celebrado como resultado de un proceso de licitación o concurso (art 32-1 de la Ley 80), bien por decisión de la entidad, -luego de que se certifique la inexistencia de personal de planta para desarrollar las actividades que se pretenden contratar (parágrafo 1 del artículo 32 de la Ley 80)-.

“Particular al que se acude en función de sus conocimientos técnicos...

“En estas circunstancias, se deberá celebrar un contrato de interventoría, en el que se pactará, en el marco de la libertad de estipulación a que alude el artículo 40 de la Ley 80, el cumplimiento de las funciones que las partes consideren necesarias y convenientes.

“Sobre el objeto mismo del contrato y sobre las cláusulas que en ellas puedan pactarse, cabe señalar que contrariamente a lo que sucedía con las normas de contratación anteriores a la ley 80, que regulaban con cierta precisión dicho contrato, el estatuto vigente señala solamente en el artículo 32...

“Por su parte el artículo 53 de la ley 80 señala que los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueran imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

“Así mismo el artículo 56 del mismo estatuto señala que para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos.

“Norma esta última que fuera declarada exequible por esta Corporación en la Sentencia C-543/98 en la que empero se precisó que el artículo referido asimila la conducta del particular a la de un servidor público sólo para efectos penales; y que otro tipo de responsabilidad derivada de la actuación oficial, como la disciplinaria, se continuaba predicando por la Corporación con exclusividad de los funcionarios, que tienen con el Estado una relación legal y reglamentaria.

“Por tratarse de un particular, precisamente, como ya se señaló, solo en el caso de que se le atribuyan prerrogativas que puedan considerarse el ejercicio de funciones públicas cabe someter a dicho particular a la Ley disciplinaria.

“Ahora bien, para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

“Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

“Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

“La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.

“Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria³¹⁹.

134. De acuerdo con lo anterior, el interventor tiene una especial responsabilidad frente a la entidad estatal, en la medida en que cumple funciones públicas. En ese sentido, no pueden olvidarse los diversos poderes que le reconoce la jurisprudencia transcrita al interventor, los cuales se justifican en la labor

³¹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

específica que este desempeña que busca garantizar el cumplimiento de un contrato estatal en particular.

135. Así, entonces, HALCROW, en virtud del contrato de interventoría celebrado con El Distrito de Cartagena, ejerce funciones públicas y, como tal, es sujeto del régimen especial de responsabilidad patrimonial que consagra el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, el cual fue objeto de análisis atrás por parte del Tribunal
136. En concordancia con lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley 80 de 1993 analizado atrás, insiste el Tribunal que en el evento en que las partes celebren un contrato de interventoría, aparece para el interventor una carga de responsabilidades superior a la de otros contratistas que prestan servicios a las entidades estatales.
137. En efecto, el contrato de consultoría en general y, dentro del mismo, el contrato de interventoría, han sido consagrados como contratos autónomos, especialmente respecto de los contratos de prestación de servicios.
138. La razón de ser de la autonomía del contrato de consultoría y del contrato de interventoría tiene que ver con la exigencia especial de que se trate de verdaderos expertos en la ejecución de una actividad de naturaleza intelectual. Pero, además, dicho tipo contractual ha ganado independencia de los demás tipo contractuales de prestación de servicios, en tanto que se trata de actividades especiales exigidas por los organismos de financiación multilaterales, las cuales deben garantizar que las inversiones hechas con sus recursos tengan un grado de eficacia muy importante. En este sentido, la doctrina ha expresado que *“las exigencias de los organismos multilaterales de crédito y los constantes fracasos de los proyectos de inversión adelantados por el Estado constituyen las causas más importantes para la regulación normativa del contrato de consultoría”*³²⁰.
139. Como se ve, las razones de la independencia de la consultoría como tipo contractual se basan en la necesidad de tener verdaderos especialistas y profesionales en lo relacionado con proyectos de inversión adelantados por el Estado, lo cual hace, por sí mismo, que sus deberes y sus responsabilidades sean superiores a las de un simple contratista de prestación de servicios.
140. Esta conclusión se ve reforzada, en el caso de la interventoría, por el hecho de que se trata del sujeto a quien se le encarga la función de velar porque la correcta ejecución del contrato se produzca – función que, por demás, de acuerdo con lo expresado antes, es una función pública por todos los poderes que se desprenden de ella–. Pero, además, dicho encargo a un tercero se basa en la complejidad del contrato a supervisar y en la necesidad de que existan unos conocimientos y unas competencias especializadas para hacerlo.

³²⁰JORGE PINO RICCI. *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 426.

141. En suma, no cabe duda de que el consultor y el interventor son verdaderos expertos en sus actividades, al punto que pueden ser calificados como unos profesionales en la materia, de tal manera que el régimen de responsabilidad a ellos aplicable no es el común, sino el propio del profesional.
142. Dentro del anterior contexto, no puede perderse de vista la especial calificación técnica del sujeto que selecciona la administración para la celebración del contrato de consultoría, la cual constituye un dato que resulta fundamental a efectos de valorar la responsabilidad del contratista y exigir de él especiales deberes de prudencia, diligencia y cuidado al momento de estudiar las condiciones de ejecución del contrato y de llevar a cabo las actividades propias del objeto del mismo (cargas de diligencia y acuciosidad).
143. Esto, por cuanto tal condición permite otorgarle el especial calificativo de “profesional”, aspecto que resulta crítico en orden a postular la sujeción de sus actos al régimen propio de este tipo de responsabilidad, el cual parte de la existencia de singulares obligaciones y particulares deberes de conducta puestos en cabeza de la persona calificada de tal, justificados en razón del carácter especializado del sujeto que resulta por ellas afectada y de la altísima complejidad de la relación jurídica de la cual emanan. En relación con este aspecto, ha manifestado una decisión arbitral:

“El estudio del derecho comparado muestra que la jurisprudencia ha ido imponiéndoles a los profesionales una creciente gama de obligaciones cuyo incumplimiento los hace responsables. Este incremento jurisprudencial de las prestaciones a cargo de los profesionales, fenómeno al cual se asiste en la actualidad, obedece al hecho de que las relaciones contractuales en que éstos participan son cada vez más complejas y variadas, lo que ha dado lugar al surgimiento de toda clase de profesionales especializados y, consecuentemente, a la diversificación de contratos especiales con un gran contenido técnico, que lentamente ha llevado a hacer más rigurosa la responsabilidad profesional con el fin de brindar apoyo a los consumidores”³²¹.

144. En concordancia con ese pronunciamiento arbitral, la doctrina contemporánea ha elaborado detallados criterios para la determinación de cuándo se está frente a un auténtico profesional y cuáles son las consecuencias concretas, por lo menos desde el punto de vista de la responsabilidad, de que se califique a una determinada persona como un profesional:

“En primer lugar, ha de desarrollar una actividad especializada, en forma habitual y normalmente a título oneroso; de otra parte, debe contar con una organización, gracias a la

³²¹ Tribunal de Arbitramento de Instituto Nacional de Reforma Urbana – INURBE contra Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A. Laudo de 8 de junio de 1999.

*cual puede actuar de manera eficaz y anticipar o prever los riesgos de daños que su actividad pueda causar a terceros; y finalmente, tiene una posición de preeminencia, esto es, un “dominio profesional” basado en una competencia especial o habilidad técnica lograda por su experiencia y conocimientos en un campo técnico o científico que lo colocan por encima de los demás. Se trata de una persona con una idoneidad particular; de un técnico iniciado frente a la masa de consumidores profanos en su materia. **El profesional, por tanto, ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva**”³²²*

145. Igualmente ha expresado la doctrina sobre la responsabilidad profesional:

“Responsabilidad profesional es, en suma, la que se deriva de una infracción típica de ciertos deberes propios de la actividad profesional de que se trate; ya que es obvio que quien se desempeña en una profesión debe poseer los correspondientes conocimientos teóricos y prácticos, y obrar con ajuste a las reglas y métodos pertinentes con la necesaria diligencia y prudencia”³²³.

146. De acuerdo con los anteriores criterios, HALCROW es un profesional, puesto que ejerce habitualmente la actividad de consultor de manera remunerada, lo hace a través de una organización y tiene un dominio profesional sobre la materia. Si la sociedad Convocada no fuera un auténtico profesional, no habría podido ser admitida en el Pedido de Propuestas CDT-ALC-CONSUL-12-BM-2006 que dio lugar a la celebración del Contrato No. CONSUL – 02 – BM-2008.

147. En consecuencia, si HALCROW era - y es - un auténtico profesional en la consultoría, sus deberes de sagacidad y de diligencia, le imponían como obligación la de informarse muy bien de las condiciones especiales de ejecución del proyecto y de las particulares dificultades que afrontaría el contratista de obra, puesto que de dicha información se podría concluir inequívocamente cuál debería ser el método de vigilancia en la ejecución del contrato de obra a emplear y cuál la remuneración justa por sus servicios. De la misma manera, esa calidad de profesional hace que las autorizaciones y las órdenes dadas por HALCROW deban ser analizadas con mayor severidad en el sentido de que se exige de ellas una mayor diligencia y sagacidad, así como una mayor precisión en el cumplimiento de las exigencias técnicas pertinentes.

148. Concretamente, los deberes especiales de conducta para HALCROW pueden resumirse en los siguientes: (a) una obligación de cooperación, esto es, la de colaborar para que el contrato de interventoría y el contrato vigilado produzcan un pleno efecto; (b) una obligación de ejecutar el contrato en los estrictos términos en que fueron pactadas las obligaciones contractuales; (c) una obligación de

³²²PHILIPPE LE TOURNEAU et LOÏC CADIET. *Droit de la responsabilité*, Paris, Editions Dalloz, 1996, pp. 456 y ss.

³²³FÉLIX A. TRIGO REPRESAS y MARCELO J. LÓPEZ MESA. *Tratado de la responsabilidad civil*, t. III, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 277.

información con la entidad estatal beneficiaria del servicio, pero no de cualquier clase de información, sino de una información exacta y pertinente, adaptada a la especial situación del contrato y de la entidad; (d) una obligación de confidencialidad, especialmente en el manejo de la información entregada por la entidad estatal para la ejecución del trabajo de interventoría, y (e) una obligación de seguridad que traduce en un especial deber diligencia y prudencia en la ejecución de sus prestaciones, sin que ello implique que los contratos se conviertan en un contratos de resultados, sino que dependiendo de la clase de obligaciones pactadas, pueden ser de medios o de resultado³²⁴.

149. Frente a las anteriores obligaciones, es preciso hacer notar que en el numeral 3.1 de las Condiciones Generales de Contratación se previeron las mismas en los siguientes términos:

“El Consultor prestará los Servicios y cumplirá con sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, de acuerdo con las técnicas y prácticas profesionales generalmente aceptadas; asimismo, observará prácticas de administración apropiadas y empleará técnicas modernas adecuadas y métodos eficaces y seguros. En toda cuestión relacionada con este Contrato o con los Servicios, el Consultor actuará siempre como asesor leal del Contratante y en todo momento deberá proteger y defender los intereses legítimos del Contratante en los acuerdos a que llegue con un Subconsultor o con terceros”.

150. En particular, sobre la obligación de cooperación, en el numeral 2.2 del Apéndice A del Contrato y en el numeral 2.2 de la Sección 5 de los términos de referencia, se estipuló que HALCROW se comprometía a *“asegurar el cumplimiento de las metas contractuales logrando que se desarrollen los contratos, dentro de los presupuestos de tiempo e inversión previstos originalmente”* ya *“armonizar la interacción de Aguas de Cartagena y contratista, para el logro general del objeto contractual que satisfaga las necesidades y expectativas de la ciudad”*.

151. Además, en el mismo numeral, HALCROW se comprometió a ejecutar las siguientes actividades:

“Supervisar el cumplimiento de las actividades ambientales diseñadas para prevenir, mitigar y compensar los impactos ambientales causados por la obra.

Asegurar la calidad de las obras, iniciando su intervención desde la revisión y aprobación de los diseños.

Efectuar un estricto control de calidad de los materiales empleados por el contratista, a partir de las especificaciones técnicas dadas en la Contratación directa No. CDT-ALC-01-BM-2007”.

³²⁴ Una descripción general de estos especiales deberes de conducta del profesional puede verse en PHILIPPE LE TORNEAU. *La responsabilidad civil profesional*, Bogotá, Legis, 2006, pp. 144 y ss.

152. En cuanto a la obligación de información, en el numeral 3.6 de las Condiciones Generales de Contratación se estipuló: *“El Consultor presentará al Contratante los informes y documentos que se especifican en el Apéndice B, en la forma, la cantidad y el plazo que se establezcan en dicho Apéndice”*. De la misma manera, en el numeral 2.2 del Apéndice A del Contrato y en el numeral 2.2 de la Sección 5 de los términos de referencia, HALCROW se comprometió a: *“Informar y conceptuar a Aguas de Cartagena en forma continua y periódica sobre el avance, problemas y soluciones presentados en el desarrollo del proyecto”*.

153. A su vez, en el numeral 3.3 de dichas Condiciones Generales de Contratación, se pactó la obligación de confidencialidad, así:

“Ni el Consultor ni ningún Subconsultor, ni tampoco el Personal de ninguno de ellos, podrán revelar, durante la vigencia de este Contrato o dentro de los dos (2) años siguientes a su expiración, ninguna información confidencial o de propiedad del Contratante relacionada con el Proyecto, los Servicios, este Contrato o las actividades u operaciones del Contratante sin el previo consentimiento por escrito de este último”.

154. Frente a esos deberes generales del interventor, el perito ingeniero Daniel Flórez expresa que, desde el punto de vista técnico, el contenido del contrato de interventoría *“significaba que aunque el Interventor haría todo lo establecido en el contrato de interventoría como en los pliegos de condiciones, este debía bajo su condición de experto y su estado de idoneidad, proponer todas las acciones pertinentes y necesarias que garantizaran –como fundamento ético- el feliz término del contrato”*. Es decir, que una visión técnica del contrato de interventoría ratifica la conclusión expuesta por el Tribunal en el sentido de que los deberes de interventor son superiores a los de un contratista cualquiera, en la medida en que es un profesional experto.

155. De la misma manera, el perito ingeniero Daniel Flórez destaca que del contrato de construcción celebrado con EDT, se desprenden otras obligaciones técnicas relevantes, así: (i) determinar si existen defectos de construcción por parte del contratista; (ii) paralizar los trabajos en caso de que fuera necesario para evitar un incidente mayor, y (iii) aplicar los protocolos de verificación previstos contractualmente del cumplimiento de las especificaciones de la obra contratada.

156. Así las cosas, entonces, para el Tribunal es claro que la conducta contractual de HALCROW no podía limitarse a un cumplimiento simple del contrato, sino que las responsabilidades de HALCROW como profesional en el control, vigilancia y fiscalización de la ejecución de proyectos de inversión, le imponían unos especiales deberes de conducta tendientes a cooperar y, de cierta manera, asegurar el cumplimiento correcto del contrato de obra pública objeto de su vigilancia. Es por ello que HALCROW debía proceder a la revisión de los diseños, con lo cual daría certeza al Distrito de Cartagena que los mismos respondían a las más altas exigencias técnicas y que serían idóneos para la ejecución de la obra contratada con las especificaciones requeridas.

157. En consecuencia, si el Tribunal llega a encontrar probado que HALCROW incumplió con esas cargas de sagacidad y diligencia, con esos deberes especiales de conducta como profesional, la sociedad Convocada deberá asumir las consecuencias económicas perjudiciales que de dicho comportamiento se derivan. De

esta forma, si el Tribunal encuentra probados unos mayores costos generados en el proyecto por los defectos en la vigilancia, ellos deben ser asumidos por HALCROW como expresión de su responsabilidad como profesional, como bien lo ha expresado el laudo arbitral referenciado:

*“En Derecho Europeo Continental, como en el nuestro, **el profesional puede incurrir en responsabilidad contractual o extracontractual, o en ambas simultáneamente, si viola sus compromisos contractuales y/o si falta al deber general de prudencia que le imponen las reglas de su arte u oficio.** A este respecto nuestra Corte Suprema de Justicia ha señalado que en materia de responsabilidad civil de los profesionales, el ejercicio de actividades de esta naturaleza no implica ‘solamente la aplicación de los principios técnicos y científicos, sino que también está sujeto a normas protectoras del individuo y de la sociedad y que constituyen los elementos fundamentales de la moral profesional’, de donde concluye que ‘la responsabilidad profesional puede derivarse del incumplimiento o violación de un contrato, o consistir en un acto u omisión que sin emanar de ningún pacto cause perjuicio a otro’, y puntualiza que ‘la gama de la responsabilidad profesional es extensa, desde la negligencia hasta el acto doloso’”³²⁵.*

En suma, HALCROW debe ser considerado como un profesional, de tal manera que su deber de prudencia, de diligencia, de cooperación, de cumplimiento es superior al de un contratista ordinario. Como efecto de ello, situaciones que podrían ser imputadas al contratista de obra, pero cuya ocurrencia se pruebe que se desprendió de las faltas a sus deberes especiales en la vigilancia en la ejecución de la obra, deberían ser asumidos por HALCROW.

VI. Presupuestos de la responsabilidad civil contractual.

158. Para determinar si la parte Convocada incurrió en responsabilidad civil contractual frente a la parte Convocante, este Tribunal partirá del análisis de los elementos o presupuestos que configuran la responsabilidad civil contractual. Al respecto, la doctrina en materia de derecho administrativo ha señalado que en materia de responsabilidad por incumplimiento, los presupuestos para su declaración son similares a los del derecho privado, especialmente cuando se hace un juicio de responsabilidad al contratista particular, pues las particularidades propiamente dichas del derecho administrativo se refieren especialmente a los efectos del incumplimiento³²⁶.
159. Para la doctrina en materia de derecho administrativo, la responsabilidad contractual en materia de contratación pública, sin importar si se trata de la responsabilidad de la administración o del contratista, tiene como elementos esenciales los siguientes: la existencia de un contrato, la existencia de un daño sufrido por una de las partes

³²⁵ Tribunal de Arbitramento de *Instituto Nacional de Reforma Urbana – INURBE* contra *Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A.* Laudo de 8 de junio de 1999.

³²⁶ Cfr. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, 2ª ed., Bogotá, Temis, 2012, pp. 134 y ss.

del contrato, el incumplimiento de una obligación derivada del contrato y la relación de causalidad entre el daño y el incumplimiento³²⁷.

160. En materia de derecho privado, el tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO señala que son tres los presupuestos para la responsabilidad contractual: que haya un contrato válido; que haya un daño derivado de la inejecución de ese contrato y finalmente que el daño sea causado por el deudor al acreedor contractual³²⁸. Por su parte, JORGE SUESCÚN MELO señala que los elementos esenciales de la responsabilidad civil contractual son: el incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento sea imputable a dicho deudor, es decir, que se haya debido a su culpa o dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor³²⁹.

161. La Corte Suprema de Justicia señala tales elementos así:

*“...en la acción de resarcimiento en materia contractual, indispensable es demostrar todos los elementos que estructuran la responsabilidad, es decir, la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño”.*³³⁰

162. Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia expresó:

*“Sabido es que para que la responsabilidad contractual se estructure, deben converger, entre otros, los siguientes requisitos: a) Liminarmente que se haya incumplido un deber contractual, ya porque no se ejecutó total o parcialmente la prestación debida, ora porque se ejecutó defectuosa o tardíamente; b) Que ese incumplimiento haya producido un daño, es decir, una lesión en el patrimonio del actor y, c) Que exista un nexo de causalidad entre el primero y el segundo”*³³¹.

163. Haciendo eco de la jurisprudencia civil, el Consejo de Estado, aunque referida al caso de la administración pública, ha establecido los elementos de la responsabilidad contractual, así:

³²⁷ Ibídem, p. 153.

³²⁸ JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007, pp. 68 y ss.

³²⁹ JORGE SUESCÚN MELO. “La prueba en responsabilidad contractual. La presunción de culpa y los medios para desvirtuarla”, en *Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, t. I, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2003, p. 260.

³³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 14 de marzo de 1996, M.P. PEDRO LAFONT PIANETA.

³³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de julio de 2002, M.P. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ.

*“Los siguientes son los que se han identificado como principales elementos de la responsabilidad contractual de la Administración Pública: a) El incumplimiento de una obligación surgida del contrato, imputable a la Administración Pública. b) El daño antijurídico sufrido por el contratista o el menoscabo de su derecho a la prestación. c) El nexo causal que conecta de manera directa el daño antijurídico sufrido por el contratista, con el incumplimiento de la obligación imputable a la Administración Pública”.*³³²

164. En otra ocasión, el Consejo de Estado, al referirse a los presupuestos de la responsabilidad contractual, expresó:

*“Ahora bien, sabido es que existe responsabilidad contractual sólo a condición de que cualquiera de las partes deje de ejecutar por su culpa el contrato y haya causado un perjuicio al acreedor. Para que se estructure esa responsabilidad contractual por infracción a la ley del contrato, debe demostrarse: (i) el incumplimiento del deber u obligación contractual, bien porque no se ejecutó o lo fue parcialmente o en forma defectuosa o tardía; (ii) que ese incumplimiento produjo un daño o lesión al patrimonio de la parte que exige esa responsabilidad y, obviamente, (iii) que existe un nexo de causalidad entre el daño y el incumplimiento”.*³³³

165. Concretamente en el caso de la responsabilidad a cargo del contratista de la administración pública, el mismo Consejo de Estado ha dicho:

*“Y es que en cualquier evento de responsabilidad contractual, para que pueda deducirse la misma a cargo del contratista y por lo tanto las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicha responsabilidad, es indispensable que la parte contratante cumplida, compruebe: El daño sufrido; el incumplimiento contractual de su co-contratante y el nexo de causalidad entre este incumplimiento y el daño”.*³³⁴

166. De acuerdo con las anteriores referencias, a pesar de las diferencias en la presentación, es claro que tanto la jurisprudencia civil como la contencioso administrativa se encuentran de acuerdo en cuáles son los elementos de la responsabilidad contractual: la existencia de una obligación contractual, el incumplimiento de esa obligación, la existencia de un daño o lesión al patrimonio y la imputación fáctica de ese daño al incumplimiento de la obligación contractual (relación o nexo de causalidad).

167. Por consiguiente, cuando se persigue la indemnización de perjuicios de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), como en este caso, constituye presupuesto indispensable para la prosperidad de la

³³² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 12 de mayo de 2011, expediente 18.446.

³³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 17.552.

³³⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 27 de noviembre de 2006, expediente 14.056.

pretensión, la prueba de los dos últimos requisitos, pues no siempre el incumplimiento del contrato ocasiona perjuicios al otro contratante. Dicho en otras palabras, a quien pretende el resarcimiento en mención, le corresponde demostrar, en todo caso, el daño cuya reparación deprecia y su cuantía, porque la condena por tal concepto no puede superar el detrimento patrimonial que en realidad se le haya irrogado a la víctima. “Y como el incumplimiento –ha dicho la Corte- de una obligación no irroga siempre perjuicios al acreedor y casos hay en los que incluso le proporciona beneficios, obvio es concluir que el perjuicio no es un efecto forzoso del incumplimiento, ni una presunción de él. Por eso, como regla general, quien demanda la indemnización de perjuicios debe demostrar que se le causaron, tal como se deduce de los artículos 1617 y 1599 del Código Civil, relativos a la mora en el cumplimiento de una obligación dineraria y al pago de una obligación con cláusula penal, respectivamente, que, de manera excepcional, consagran dos casos en que esa presunción es posible, ratificando de paso el fundamento de la regla general”³³⁵.

168. En sentencia más reciente, la Sala de Casación Civil, expresó sobre el particular lo siguiente:

“La responsabilidad civil surge en amparo de la integridad patrimonial o extrapatrimonial de quien ha sufrido un menoscabo por parte de los demás miembros de la sociedad, ya sea como producto de comportamientos ajenos a su voluntad o derivados de la transgresión de los acuerdos debidamente celebrados.

Al respecto tiene dicho la Corte que “toda obligación de restituir, reparar o indemnizar la lesión de un derecho, interés o valor tutelado por el ordenamiento jurídico, rectius, responsabilidad civil, presupone ab initio un daño cierto, actual o futuro al sujeto, en su persona, integridad física o síquica, vida de relación, condiciones de existencia o patrimonio (cas. civ. sentencias de 4 de abril de 1968, CXXIV, 62; 4 de abril de 2001, [S-056-2001], exp. 5502; 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01), y salvo en los expresos casos normativos, corresponde al damnificado probar su existencia y extensión (incumbit probatio qui dicit non qui negat; actori incumbit probatio, onus probando; inc. 4º, artículo 29 Constitución Política; arts. 1757 Código Civil y 177 Código de Procedimiento Civil; cas. civ. sentencia de 25 de enero de 2008, [SC-002-2008], exp. 00373). Constatada la ocurrencia del detrimento, es necesario acreditar la relación de causalidad entre la conducta generatriz y el quebranto cuya reparación se pretende, esto es, su imputación causal a un sujeto, o sea, la singularización o determinación de su autor (cas. civ. sentencias de 7 de mayo de 1968, CXXIV; 26 de septiembre de 2002, exp. 6878). Establecido ex ante el daño y el vínculo causal, pertinente determinar ex post el fundamento normativo, criterio o factor de atribución o imputación sustentáculo del deber legal, razón jurídica prístina de la obligación resarcitoria” (sentencia de 16 de mayo de 2011, exp. 20005-00005)”³³⁶.

³³⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 478 de 12 de diciembre de 1989.

³³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 3 de agosto de 2012, M.P. FERNANDO GIRALDO GUTIÉRREZ.

169. Desde la anterior perspectiva jurisprudencial y doctrinal, para este Tribunal surgen nítidos, como elementos necesarios para estructurar un reclamo de responsabilidad contractual como el formulado en el presente proceso, los siguientes:

- El incumplimiento de una obligación contractual preexistente.
- El daño o perjuicio sufrido por el acreedor.
- Un factor de atribución de la responsabilidad, por regla general, la culpa.
- La relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.
- La mora del deudor en los términos del artículo 1615 del Código Civil. Sin embargo, frente a este elemento, advierte el Tribunal que en los contratos estatales el plazo es un elemento esencial, de tal manera que, como regla general, la mora se producirá bajo la regla del vencimiento del término.

170. Ya en el campo del incumplimiento contractual, esto es, cuando un pacto celebrado por dos o más personas en pleno ejercicio del libre albedrío es desatendido por uno de ellos, el infractor queda sometido a las consecuencias adversas trazadas para el caso de que se desatiendan sus estipulaciones”.

171. Al tratar el requisito de la preexistencia del contrato e invocando el artículo 1757 del Código Civil³³⁷ y la sentencia del 10 de diciembre de 1999 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³³⁸, SUESCÚN MELO señala que:

*“Como quiera que la base de la responsabilidad civil contractual es el incumplimiento de una obligación preestablecida, vale decir, pactada entre el acreedor demandante y el deudor demandado, es imprescindible que aquel prueba la existencia de dicha obligación, para lo cual deberá acreditar que un contrato fue celebrado entre las partes mencionadas y que en él se dispuso el nacimiento de la prestación o de la abstención cuya inobservancia se alega”.*³³⁹

172. En lo que respecta a la preexistencia del contrato, la doctrina ha dicho que es importante la calificación del contrato y la determinación de su contenido. El tratadista HERNANDO TAPIAS ROCHA³⁴⁰, al respecto, señala que para conocer cuál es el contenido de un contrato, es necesario primero determinar la clase o tipo de figura contractual, para luego fijar cuáles son los elementos que lo caracterizan y que para determinar el contenido debe atenderse lo dispuesto por el artículo 1603 del Código Civil, según el cual *“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 la ley pertenecen a ella”*, lo que corrobora, en términos similares, el artículo 871 del Código de Comercio, normas que resultan relevantes para la contratación estatal en virtud de lo dispuesto por los artículos 13 y 28 de la Ley 80 de 1993, el primero de cuales incorpora las

³³⁷ Dispone el artículo citado: *“Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta”*.

³³⁸ Según la cual *“uno de los presupuestos de esta responsabilidad es la existencia precedente de un contrato o de una obligación surgida entre las partes”*.

³³⁹JORGE SUESCÚN MELO. “La prueba en responsabilidad contractual. La presunción de culpa y los medios para desvirtuarla”.

³⁴⁰HERNANDO TAPIAS ROCHA. “La acción de responsabilidad contractual”, en *Los contratos en el derecho privado*, Bogotá, Legis-Universidad del Rosario, 2007, p. 230.

normas civiles y comerciales pertinentes a la contratación estatal, y el segundo que consagra la buena fe como principio de las actuaciones contractuales.

173. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se refirió a las obligaciones que se derivan de los contratos así:

“Para las personas que intervienen en los contratos, adicionalmente a los derechos o prerrogativas que para ellas se puedan generar, surgen igualmente deberes jurídicos de diversa naturaleza y alcance, enderezados, por regla general, a la satisfacción del interés de la contraparte. De aquel planteamiento simple y preciso de los juristas clásicos que señalaba que los contratos son fuente de obligaciones que consisten en dar, hacer o no hacer alguna cosa, se ha evolucionado a una concepción más amplia, de general aceptación en el derecho contemporáneo, según la cual de los actos o negocios jurídicos dispositivos se originan para quienes en ellos intervienen, por una parte, los deberes de prestación, deberes primarios u obligaciones nucleares, que corresponden a los compromisos medulares o esenciales que el deudor asume para con el acreedor atendiendo lo expresamente pactado o lo que el ordenamiento consagre para el respectivo tipo contractual, y, por otra, los denominados deberes secundarios, accesorios o colaterales de conducta, que se integran al contenido contractual por virtud de la buena fe objetiva (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.), con el fin de que, con fundamento en criterios de corrección, honestidad y probidad, el deudor, a pesar de no haberlo pactado expresamente, realice lo que sea indispensable para la satisfacción y protección del interés del acreedor (v.gr. deberes de reserva, seguridad, información, lealtad, consejo o coherencia, entre los más relevantes), todo esto, claro está, sin perjuicio de las cargas, gravámenes o de otras relaciones jurídicas pasivas que, dependiendo del negocio de que se trate, puedan igualmente generarse para las partes.

*“En virtud de esta conceptualización se señala, con razón, que en la actualidad la relación entre las partes contratantes es compleja, pues ellas, en forma explícita o implícita, asumen deberes de conducta de diverso y variado temperamento, enderezados, en general, a la satisfacción y protección de los derechos e intereses de su contraparte negocial, además de que se radican en su patrimonio múltiples potestades, facultades o prerrogativas, que corresponden, igualmente, a una heterogénea gama de poderes jurídicos que el ordenamiento les reconoce para la satisfacción de sus necesidades”.*³⁴¹

174. En cuanto al requisito del incumplimiento, este Tribunal considera que el mismo se concreta, fundamentalmente, en la inejecución de la obligación estipulada en el contrato. Sin embargo, destaca que para un sector de la doctrina, el incumplimiento se concreta en la mora del contratante incumplido y consiste en el retardo culpable

³⁴¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 5 de noviembre de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

del deudor en el cumplimiento de su obligación, unido a la reconvencción judicial, en los casos que la ley lo exige, destacando que los elementos de la mora son el incumplimiento, la culpa y la reconvencción³⁴².

175. En este sentido, destaca el Tribunal que existen tres tipos de incumplimientos: por retardo, cumplimiento defectuoso e incumplimiento definitivo, clasificación que se extrae de los artículos 1613 y 1614 y que se ha considerado aplicable a los contratos estatales³⁴³. Según la doctrina, para el único caso en que es obligatoria la reconvencción judicial es para el primero, porque consiste en la demora en el cumplimiento de la obligación, pues de lo contrario no hay mora. Por tanto, en materia de incumplimiento defectuoso o definitivo no se exige reconvencción para constituir en mora al deudor, pues ésta es automática, razón por la cual los perjuicios se causan desde el instante en que se produce el respectivo incumplimiento³⁴⁴. Además, insiste el Tribunal que los contratos estatales son contratos pactados a un plazo fijo, por lo cual la regla será que la reconvencción la hará el tiempo, sin que sea necesaria otra clase de reconvencción por parte del acreedor de la obligación.
176. La doctrina, en términos generales, se encuentra de acuerdo con la conclusión citada. En ese sentido, DIEGO FERNANDO GARCÍA VÁSQUEZ sostiene que el incumplimiento contractual puede concretarse en una inejecución total de la obligación, en una ejecución imperfecta o una ejecución extemporánea³⁴⁵. Por su parte, HERNANDO TAPIAS ROCHA señala que incumplir “...*quiere decir llanamente no dar o no hacer lo que el deudor se comprometió para con el acreedor a dar o hacer, o dar o hacer tan solo en parte, o retardar el cumplimiento. Y por el contrario, cuando se trate de obligaciones negativas, el incumplimiento de éstas consiste en hacer el deudor lo que se comprometió a no realizar*”³⁴⁶.
177. Otro de los presupuestos de la responsabilidad civil contractual consiste en que haya un daño derivado de la inejecución del contrato, lo cual implica que “...*el daño surja de la inejecución del contrato, es decir, que haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas*”³⁴⁷ y que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual, es decir, “...*cuando en virtud de la inejecución o de la ejecución tardía o imperfecta de un contrato válidamente celebrado, es el acreedor la víctima de un daño causado por el deudor*”³⁴⁸.
178. La doctrina, en una sencilla pero explicativa descripción, sostiene que “*la indemnización de perjuicios surge del incumplimiento total o parcial de la obligación, o de su cumplimiento tardío (art. 1613). En tales casos el acreedor se ve afectado por no obtener la utilidad o el provecho que pretendía, o por sufrir una pérdida, patrimonial o extrapatrimonial. El deudor ha violentado su compromiso, y la ley viene en ayuda del acreedor para que le sea reparada la afectación que sufrió, que se concreta con la indemnización. Indemnizar significa resarcir. Al*

³⁴²HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, Bogotá, Temis, 2010, p. 677.

³⁴³LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ. *El equilibrio económico en los contratos administrativos*, pp. 151 y ss.

³⁴⁴HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, pp. 220, 239 y 677.

³⁴⁵DIEGO FERNANDO GARCÍA VÁSQUEZ. “La responsabilidad contractual”, en *Responsabilidad civil y del Estado* No. 24, Medellín, Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, 2008, p. 180

³⁴⁶HERNANDO TAPIAS ROCHA. “La acción de responsabilidad contractual”, p. 232

³⁴⁷JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, p. 78.

³⁴⁸ *Ibíd*em, p. 106.

acreedor se le resarce el daño ocasionado³⁴⁹. La indemnización, según el mismo autor, busca reparar a la víctima, vale decir, colocarla en la medida de lo posible en una situación equivalente a aquella en que se habría encontrado si el daño no hubiese acaecido, de tal manera que la víctima debe quedar indemne porque el victimario, violando sus propias obligaciones, le causó en perjuicio³⁵⁰.

179. En cuanto a las clases de indemnización, VELÁSQUEZ GÓMEZ sostiene que hay dos categorías: la indemnización compensatoria que equivale o reemplaza a la prestación que el deudor incumplió total o parcialmente y la moratoria que comprende los perjuicios causados exclusivamente por el retardo culpable y que ambas indemnizaciones comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante³⁵¹.

180. Nuestra Corte Suprema de Justicia precisó el daño como componente de la responsabilidad civil en los siguientes términos:

*“Llegados a este punto, es necesario, en primer lugar, reiterar que el daño es todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; en segundo término, recordar que el perjuicio es, si se quiere, el elemento estructural más importante de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna; y, finalmente, insistir en que el daño indemnizable, debe ser cierto”.*³⁵²

181. Por su parte, el Consejo de Estado se ha referido al daño y su deber de indemnización en el contexto de la responsabilidad contractual en el derecho administrativo, así:

“Las entidades estatales, de conformidad con las normas constitucionales, legales y con la jurisprudencia del Consejo de Estado, están llamadas a responder pecuniariamente por los perjuicios que ocasionen a los contratistas, mediante una condena proferida por la autoridad judicial correspondiente, en términos generales, cuando quiera que en desarrollo de un contrato debidamente celebrado: (i) incumplan con las obligaciones contractuales que emergen de la autonomía de las partes, expresadas en el texto contractual o en los documentos que hacen parte integrante del contrato, tanto previos (pliego de condiciones, adendos), concomitantes (anexos), o posteriores (adiciones); (ii) incumplan con las obligaciones contractuales que surgen de las normas imperativas; (iii) o de las normas dispositivas o supletorias, salvo que se haya dispuesto en contra de ellas de manera expresa en el texto contractual o en los documentos que hacen parte integrante del contrato; (iv) incumplan con las obligaciones que se derivan de la buena fe, la costumbre y la equidad;

³⁴⁹HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, p.839

³⁵⁰ *Ibíd.*, p.840

³⁵¹ *Ibíd.*, p.844

³⁵²Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de noviembre de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

(v) ejerzan irregularmente las facultades exorbitantes de interpretarlo, modificarlo, terminarlo o caducarlo; (vi) impongan multas o hagan efectivas cláusulas penales pecuniarias por fuera de los supuestos fácticos o de las normas que lo permiten; (vii) incumplan la obligación de reparar la ecuación financiera y restablecer el equilibrio económico del contrato como consecuencia de las alteraciones que ocurran por la modificación del contrato (*ius variandi*), el hecho del príncipe o la teoría de la imprevisión”.³⁵³

182. Respecto del perjuicio patrimonial, señala el artículo 1613 del Código Civil que “[l]a indemnización (...) comprende el daño emergente y lucro cesante” y explica el 1614 de la misma obra, que la primera de esas modalidades, es “el perjuicio o la pérdida” experimentada por la víctima, en tanto que la segunda, es “la ganancia o provecho que [para ella] deja de reportarse”.
183. Dentro de ese contexto de definiciones legales, el Consejo de Estado ha sostenido que en la responsabilidad contractual en materia de contratación estatal, además del incumplimiento, se requiere “acreditar la existencia y extensión de los perjuicios que se dice haber sufrido como consecuencia de tal incumplimiento, puesto que los mismos no se presumen”, pues “el solo incumplimiento contractual no conlleva necesariamente la producción de un daño”³⁵⁴.
184. En cuanto a la culpa contractual, la misma se produce cuando existe una ilicitud en la conducta del deudor, esto es, cuando la parte del contrato no cumple sus obligaciones contractuales con negligencia o imprudencia (ilícito contractual no intencional), o con el pleno conocimiento de su inejecución (ilícito contractual intencional)³⁵⁵. Sin embargo, en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha señalado que el concepto de culpa está estrechamente ligado con el de buena fe contractual, el cual debe ser entendida en sentido objetivo, de tal manera que el aspecto puramente subjetivo de creer o no que se obra conforme al contrato no basta para justificar el incumplimiento, pues el deudor debe obrar de tal manera que efectivamente cumpla las obligaciones contractuales. Expresa la jurisprudencia administrativa:

El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro

³⁵³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de febrero de 2013, expediente 24.166.

³⁵⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, expediente 22.948.

³⁵⁵ Cfr. ENRIQUE BARROS BOURIE. *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 75 y ss.

contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia. Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales.³⁵⁶

185. En cuanto a la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, el Tribunal se apoya en la doctrina que explica este nexo de causalidad, así :

"Puede suceder que una persona se haya comportado en forma ilícita y en forma paralela o simultánea un tercero haya sufrido un perjuicio. En tales circunstancias, no existirá responsabilidad civil de quien se comportó en forma ilícita mientras dicha persona no haya sido la causante del perjuicio sufrido por la víctima. En general, ésta es una exigencia de todo el mundo normativo, sea religioso, moral o jurídico. Uno solo responde por los efectos de su propia conducta.

"Este postulado, que no pareciera tener dificultad alguna, está sin embargo impregnado de problemas de tipo práctico y teórico, hasta el punto que los autores prefieren no extenderse demasiado en su análisis".³⁵⁷

186. Seguidamente, el mencionado autor explica las relaciones y combinaciones que pueden darse entre las denominadas causalidad jurídica y causalidad física, así:

"El concepto de causalidad jurídica no siempre concuerda con el de causalidad física. Eso explica las dificultades que la causalidad plantea en materia jurídica.

En efecto, causalidad jurídica significa que el hecho le es imputable jurídicamente al demandado. Ahora bien, en no pocas oportunidades la causalidad física constituye al mismo tiempo causalidad jurídica. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona causa una lesión a otra en forma dolosa. En tales circunstancias, existe tanto causalidad jurídica como causalidad física.

"Puede suceder que aunque haya causalidad física no haya, sin embargo, causalidad jurídica. En efecto, el derecho de la responsabilidad civil tiene establecido que aunque el agente causa el daño físicamente, pero su conducta está determinada por una causa extraña, estaremos frente a la ruptura del nexo causal y, por tanto, se considera que jurídicamente el daño no ha sido causado por el agente. Así, por ejemplo, si una persona lesiona a otra porque un tercero en forma imprevisible e

³⁵⁶Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, expediente 18.836.

³⁵⁷JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, p. 248

irresistible lo ha lanzado contra la víctima, es claro que la causa física última de la lesión es el cuerpo de quien fue empujado. Sin embargo, para efectos jurídicos se acepta que el único causante del daño fue quien lanzó a esta persona contra la víctima.

"Finalmente, puede haber causalidad jurídica o moral aunque no haya causalidad física. En efecto, hay casos en que el agente omite realizar una conducta a la que estaba obligado legal o contractualmente y precisamente por haber omitido ese comportamiento, no interrumpe la cadena causal de fenómenos que finalmente desemboca en la producción de un daño. O mejor dicho: se produce el daño justamente por la ausencia total de participación causal física por parte del agente.

"Ocurre generalmente este tipo de causalidad jurídica cuando el deudor contractual se abstiene totalmente de cumplir lo pactado. En este caso, el agente no participa físicamente en la producción del daño, pero su omisión ilícita hace que una cadena de fenómenos termine con la realización del perjuicio del acreedor contractual.

"Ocurre lo mismo en materia de responsabilidad extracontractual cuando una persona se abstiene de realizar ciertos comportamientos a que estaba obligado en virtud de disposición legal. Tal sería el caso de la madre que omite alimentar a su hijo recién nacido, razón por la cual éste fallece. En todos estos casos el reproche que el legislador le hace al agente es justamente no haber evitado el daño con un comportamiento al que estaba obligado, rompiendo así el nexo causal.

"Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual puede decirse que en estos casos de omisión pura y simple solo hay responsabilidad civil cuando ha habido un comportamiento culposo por parte del agente. El hecho de haber omitido la conducta a que estaba contractual o legalmente obligado es una culpa del agente.

"Así las cosas, es claro que, aunque conceptualmente son distintos el nexo de causalidad y la culpa, la causalidad en estos casos está directamente ligada a la culpa. Sin culpa no hay nexo de causalidad y viceversa. Es claro que el agente físicamente no causa el daño, pero haber omitido realizar la conducta que lo hubiera evitado hace que pueda predicarse el nexo de causalidad entre la conducta del agente y el daño. Ello es así ya que, en el fondo, cuando el agente, por realizar una determinada conducta, omite realizar aquella a la que estaba obligado, está realizando un acto que le estaba prohibido, pues la única conducta que le era lícita en ese momento era justamente aquella que omitió, lo que, finalmente, desembocó en el daño. Es decir, aún en la omisión pura y simple hay una acción ilícita por parte del agente. Por ello se dice que el daño le es imputable causalmente."

187. El mismo autor distingue entre causalidad simple y causalidad compleja: la primera se da cuando la víctima solo debe establecer un nexo de causalidad entre el comportamiento del agente y el daño sufrido, y la segunda se configura cuando el perjudicado debe establecer dos o más nexos causales para así eslabonar toda una cadena de causas y efectos que comienza con el comportamiento ilícito del agente y termina con la realización del daño³⁵⁸.

³⁵⁸ *Ibíd*em, p.251

188. Al referirse a las diferentes teorías que explican el nexo causal y su aplicación en la jurisprudencia colombiana, el citado autor destaca que prevalecen dos: la teoría de la equivalencia de las condiciones y la teoría de la causalidad adecuada³⁵⁹, conclusión que comparte el Tribunal. Conforme a ésta última no todas las causas que intervienen en la producción de un efecto son equivalente, pues solo las que consideran adecuadas tienen incidencia causal desde el punto de vista jurídico. En palabras de ROGER O. DALCQ, “esta teoría -la de la causalidad adecuada-considera también que para ser retenido como causa de un daño, un hecho debe ser la condición necesaria de dicho daño. Entendemos por ello la condición sine qua non es decir aquella sin la cual el daño no se habría producido”³⁶⁰. Para concluir este tópico, la doctrina señala

*“...cualquiera que sea la teoría de la causalidad que se escoja lo cierto es que, salvo la excepción que veremos más adelante, siempre es indispensable que el fenómeno que se estudia como posible causa sea conditio sine qua non del daño. Es decir, desde el punto de vista jurídico, solo se considera causa del daño aquel fenómeno sin el cual el daño no se habría producido. Ello significa que si, en el caso concreto, el juez llega a la conclusión de que el daño de todas maneras se habría producido así no hubiera concurrido la culpa del demandado, entonces éste no se considera causante de ese daño. Ya con anterioridad (supra, 266), explicamos en detalle la razón de ser y la aplicación práctica de este requisito”.*³⁶¹

189. En cuanto a la prueba del nexo causal, en un caso como el que está bajo examen, donde los aspectos técnicos son la esencia de la controversia fáctica, lo cual suele ocurrir en un buen número de eventos, como en las controversias sobre obras públicas y, en general, de ingeniería y de construcción, el Tribunal destaca que resulta trascendental la prueba pericial, aspecto sobre el cual hará hincapié en el análisis probatorio sobre cada uno de los elementos de la responsabilidad expuestos. Por supuesto, en aplicación del artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el análisis del nexo de causalidad también deberá hacerse con base en el dictamen pericial, pero apreciado en conjunto con las demás piezas probatorias que forman parte del expediente.

VII. El Contrato de Consultoría CONSUL-02-BM-2008 y las obligaciones de Halcrow como interventor

190. El Consejo Nacional de Planeación Económica y Social - CONPES emitió el Documento 3036 de 31 de mayo de 1999, otorgando su concepto favorable para el otorgamiento de una garantía por parte de la Nación, para que el Distrito de Cartagena adquiriera un crédito externo en cuantía de hasta US\$85,000,000 con el Banco Mundial, para el financiamiento parcial del Plan Maestro de Acueducto, Alcantarillado y de manejo ambiental de las aguas residuales del Distrito, entre cuyas obras se encontraba la construcción e instalación del Emisario Submarino en el corregimiento de Punta Canoa. (Carpeta No.1 pruebas documentales).

³⁵⁹ Ibídem, p.375

³⁶⁰ Ibídem, p.378

³⁶¹ Ibídem, p.384

191. El Banco Mundial (Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento – BIRF) elaboró un Documento de Evaluación de Proyecto (Project Appraisal Document - PAD) de fecha 28 de junio de 1999, en el que tras analizar los aspectos económicos, financieros, técnicos y ambientales del proyecto, y los riesgos que asumiría el Banco, señaló las condiciones del préstamo, entre las que estaba la obligación del Distrito de Cartagena de contratar una firma de consultoría especializada para la supervisión del proyecto de construcción e instalación del Emisario Submarino.(Carpeta No.9 Pruebas documentales).

Los Términos de Referencia para contratar la Interventoría Técnica y Ambiental para la Construcción e Inspección del Emisario Submarino se expidieron en el mes de Mayo de 2006 y Halcrow presentó su propuesta en el mes de Septiembre de 2006, denominada propuesta de Interventoría Técnica y Ambiental N° CDT-ALC-CONSUL-12-BM-2006. (Carpeta No.5 de pruebas documentales).

El Banco Mundial emitió su no objeción a la adjudicación del Contrato de Interventoría a Halcrow el 6 de agosto de 2008; el 25 de septiembre de 2008, Acuacar le notificó a Halcrow la adjudicación del contrato a su propuesta. (Carpeta No. 5 pruebas documentales). El 5 de noviembre de 2008, Acuacar en nombre y representación del Distrito, suscribió con Halcrow el Contrato N° CONSUL-02-BM-2008, cuyo objeto era la interventoría técnica y ambiental para la construcción e inspección del Emisario Submarino. (Carpeta número 5 pruebas documentales).

Los anteriores hechos se encuentran demostrados en virtud de los documentos señalados en las carpetas referenciados y además por cuanto la parte convocada los aceptó expresamente al contestar los hechos números IV-2, IV-4 y IV-7 de la demanda reformada.(Folios 983 y 986 del tomo II del cuaderno principal).

Una de las principales y primeras obligaciones de Halcrow, como interventor, era aprobar el Plan de Aseguramiento de la Calidad (PAC) de la obra elaborado por EDT. En efecto, los términos de referencia establecían sobre el particular que:

“(…)

Una de las tareas fundamentales en el contrato de construcción es “asegurar que el contratista desarrolle un programa de aseguramiento de calidad (PAC) completo y efectivo para cumplir con los compromisos adquiridos en la construcción del emisario submarino tal y como se especifica en el pliego de condiciones de la licitación CDT-ALC-23 BM-2005. Las responsabilidades del contratista en términos del PAC harán parte de los términos contractuales y uno de los requisitos será que presente su plan PAC y organización antes de empezar los trabajos. Los programas de AC del contratista necesitan cubrir todos los aspectos de construcción del contratista para los trabajos directos y para los trabajos subcontratados, incluyendo administración, diseño, planos, especificaciones, suministro instalación y seguridad.

La implementación del plan de aseguramiento de la calidad es tarea del contratista. Es tarea de la interventoría asegurar, a nombre de ACUACAR, la implementación y gestión

del mismo en cumplimiento con lo presentado y acordado en el plan AC” (Subraya fuera del texto). (Carpeta No.5 de pruebas documentales).

192. Adicionalmente, de acuerdo con el numeral 3.0 del documento IV (Apéndices) del contrato de interventoría, Halcrow tenía tres tareas principales en relación con el PACC: (i) revisar el PACC y recomendar a Acuar su aceptación o rechazo; (ii) Monitorear la implementación del PACC por parte de EDT durante el desarrollo de los trabajos y, (iii) Actuar como canal de comunicación sobre asuntos de aseguramiento de calidad y técnicos de EDT y las demás partes interesadas.
193. Frente a este punto en particular, es preciso señalar que aunque Halcrow era plenamente consciente de las deficiencias del PACC, éste fue aprobado por el interventor con el argumento de “no entorpecer el avance de las obras”, aclarando que la aprobación final del mismo quedaba sujeta a la entrega satisfactoria de todos los procedimientos. No obstante lo anterior, cabe resaltar que los procedimientos nunca se entregaron a satisfacción, y sin embargo Halcrow permitió que se continuaran las obras de construcción de los lastres del Emisario Submarino y se adelantara la maniobra de transporte que finalmente terminó con el colapso del emisario submarino. Así consta en el informe de interventoría de junio de 2009, anexo sobre revisión del PACC. (folio 001039 reverso carpeta No. 2 de pruebas documentales)

Los términos de referencia consagran las funciones particulares del interventor en los siguientes términos:

“(…)

El interventor coordinará con ACUACAR las interfases entre la construcción del emisario submarino y el proyecto de construcción terrestre.

El interventor analizará el contrato, el pliego de condiciones, los anexos y cualquier otro documento concerniente al proyecto. El estudio de la minuta del contrato y demás condiciones contractuales, marcará las pautas generales para la administración general del proyecto y por consiguiente, las condiciones legales del mismo.

El interventor designará un Ingeniero Director, el cual será su representante en la obra y ante Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. y quien deberá tener autonomía para actuar por su cuenta. En ningún caso el interventor ordenará al contratista ejecutar obras que no estén previstas en el diseño entregado por Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.

(…)

El interventor verificará y controlará que la programación de actividades para la ejecución de obras este acorde con los diseños y con el conjunto de normas, especificaciones técnicas y procedimientos establecidos en los pliegos de condiciones del contrato de obra.

(...)

El interventor supervisará todas las actividades de Construcción del Contratista que incluirán aquellas relacionadas con el ensamblaje, manejo e instalación de tuberías y componentes que conforman el sistema de disposición de aguas residuales mediante el emisario submarino. Las tareas incluirán entre otras revisión de registros en video de los trabajos submarinos y de instalación, incluyendo dragados de zanjas, preparación de material de base e instalación de tuberías y accesorios. El enfoque básico de las actividades de supervisión es asegurar que el trabajo se construya, de acuerdo con los planos, normas y especificaciones técnicas y consideraciones ambientales.

El interventor de forma conjunta con el contratista analizará problemas de carácter técnico y de procesos constructivos, sin que las decisiones tomadas, previa aprobación por parte de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. eximan de responsabilidad al contratista y/o interventor(Subraya fuera del texto).(Carpeta No.5, pruebas documentales, folios 002673 hasta 002675).

194. El contrato de interventoría CONSUL-02-BM-2008 dispone lo siguiente en cuanto a las obligaciones de Halcrow:

“(...)

El interventor verificará y controlará que la verificación de actividades para la ejecución de obras esté acorde con los diseños y con el conjunto de normas, especificaciones técnicas y procedimientos establecidos en los pliegos de condiciones del contrato de obra

(...)

Aprobación de parte de Acuacar y de la interventoría

Interventoría.

La interventoría no forma parte del contrato de construcción entre el contratista y Acuacar, no tiene rol de ingeniero de diseño en el contrato ni gerente de las obras, la interventoría, bajo la tarea A recomendará a Acuacar ya sea el rechazo o la aceptación con base en la revisión del PACC presentado por el contratista.

La interventoría bajo la tarea B, tendrá la facultad que le permita rechazar trabajos realizados a través de la expedición de no cumplimiento o no conformidad. Cualquier trabajo para el cual no se ha emitido una de estas notificaciones queda implícitamente aceptado. En la información periódica a Acuacar, la interventoría identificará los trabajos

terminados de acuerdo con el PACC que se consideren aceptables”. (Folios 002945 al 002969 Carpeta No.5 pruebas documentales,).

195. Al revisar los informes mensuales de interventoría, se puede verificar la preocupación constante de Halcrow con respecto a varios aspectos relacionados con el comportamiento contractual y falta de idoneidad técnica, administrativa y financiera del contratista, que ponía en riesgo permanente la ejecución de la obra. Frente a dichas irregularidades generales, las acciones propuestas por Halcrow fueron bastante escuetas e imprecisas, pero nunca se solicitó formalmente la suspensión de las obras o la adopción de medidas para reconducir la buena ejecución del contrato de obra civil. (Folios 001510, 001560, 001605, 001745, 001788, carpeta No. 3 de pruebas documentales)
196. Como se señaló en párrafos anteriores, el contrato de interventoría estaba integrado de manera general por los siguientes documentos; (i) las CGC de interventoría, (ii) las CEC de interventoría, (iv) los términos de referencia y (v) la propuesta técnico financiera. En estas normas se plasman los términos integrales del servicio de interventoría, en virtud de los cuales se requirieron aptitudes profesionales y de conocimiento especializado, razón por la cual se acudió a los servicios de interventoría de Halcrow³⁶².
197. En consecuencia, de los apartes transcritos del “objeto y alcance de los servicios de interventoría” tanto en el contrato como en los términos de referencia, las obligaciones de Halcrow frente a la supervisión y vigilancia del contrato de obra eran de carácter integral, y no sólo recogían los aspectos técnicos de la obra, sino que también incluían el deber de vigilar aspectos jurídicos – como la existencia de las pólizas, plazos del contrato, cargas generales del contrato, cumplimiento, interpretación y alcance del mismo, entre otros -, administrativos, financieros, contables, presupuestales.
198. Bajo esta óptica, vale la pena mencionar del deber de diligencia contenido en la cláusula 3.1. del contrato en los siguientes términos:

“El consultor prestará los servicios y cumplirá con sus obligaciones con la debida diligencia, eficiencia y economía, de acuerdo con técnicas y prácticas profesionales generalmente aceptadas; asimismo, observará prácticas de administración apropiadas y empleará prácticas modernas adecuadas y métodos eficaces y seguros. En toda cuestión relacionada con este contrato o con los servicios, el consultor actuará siempre como asesor leal del contratante y en todo momento deberá proteger y defender los intereses legítimos del contratante en los acuerdos que llegue con el subconsultor o con terceros”.

199. Para efectos de este laudo, el Tribunal partirá de la base de que existió el contrato de obra civil No. ALC-01 BM-2008 y que el Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall estaba encargado de la construcción

³⁶² Corte Constitucional, sentencia del 28 de enero de 2003. Mp. Álvaro Tafur Galvis.: “(...) resulta claro que el interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajustan a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios”

del Emisario Submarino, pues estos dos hechos son expresamente admitidos por ambas partes en sus escritos de demanda (folio 773 del Tomo No.2, cuaderno principal) y contestación de la demanda (folio 986, tomo 2, cuaderno principal), y también se encuentra aportado como documento (Carpeta No.1 prueba documental).

200. El Tribunal considera que el hundimiento del Emisario Submarino ocurrido en la madrugada del 2 de Diciembre de 2010 constituye un hecho que también se encuentra probado en el expediente, pues fue reconocido por las partes en los hechos de la demanda y su contestación, ha sido mencionado en múltiples testimonios, entre las cuales se destaca la del declarante Manuel Pérez Carrasco, quien al respecto manifiesta

“...el emisario se fabricó, armó y se reparó en Bahía Honda, eso es en la Bahía de Cartagena, el contratista realizó una serie de reuniones en las cuales presentó su metodología de traslado, movimiento, y de hundimiento del emisario, se haría en 3 fases, la primera etapa era salir con la tubería hasta la Bahía, el contratista no tuvo mayores inconvenientes, al trasladar el emisario por la segunda etapa el contratista desvía la ruta del emisario de acuerdo a la ruta que nosotros autorizamos. El propuso como alternativa que nosotros avalamos, desvía unilateralmente la tubería desde la zona lo lleva a mar abierto a una zona de mayor dificultad de tránsito con profundidades mucho mayores, con una situación de oleaje totalmente distinta y finalmente la tubería termina por hundirse, colapsar y de eso se logró recuperar de acuerdo a la última información que yo tuve, alcanzamos a participar en la recuperación de una parte de la tubería alrededor de 2000 metros, y el resto de la tubería quedó supuestamente en el fondo marino por lo que se verificó posteriormente porque nosotros ya no formábamos parte del proyecto por lo tanto el proyecto no se pudo concretar en la instalación del emisario en Punta Canoa.”

Igualmente se encuentra acreditado dicho hundimiento con el dictamen del perito naval, Capitán Orlando Solórzano, quien se refirió en extenso a dicho accidente, con multiplicidad de detalles, al narrar los hechos ocurridos el 2 de diciembre de 2010.(páginas 13 y siguientes del dictamen rendido por el Capitán Orlando Solórzano el 5 de marzo de 2013) y también ha sido admitido como un hecho cierto en el curso de la investigación jurisdiccional adelantada por la Capitanía de Puerto de Cartagena, en la que fue parte Halcrow.(Fallo de 20 de diciembre de 2008). Adicionalmente, a juicio del Tribunal, el hundimiento del Emisario Submarino, en sí mismo, es un hecho notorio, que no requiere de prueba, debido a la difusión que este acontecimiento tuvo en los medios de comunicación del orden nacional.

A partir de ello, el Tribunal analizará la conducta contractual de Halcrow para determinar si hubo incumplimiento contractual de su parte, si dicho incumplimiento – de haber existido – causó perjuicios al Distrito de Cartagena y si existe mérito para condenar a Halcrow a su resarcimiento, todo ello en el marco de las pretensiones de la demanda, las excepciones contenidas en su contestación y las pruebas obrantes en el expediente.

201. A pesar de que tanto en la demanda como en los alegatos de conclusión de la parte convocante se señala un número de más de cien (100) incumplimientos contractuales atribuidos a Halcrow, los que se han considerado como relevantes y causantes del hundimiento del Emisario Submarino son los siguientes :

a. La aprobación por parte de Halcrow de un cambio de diseño y de materiales de los lastres del Emisario Submarino, consistente en sustituir el material de los lastres de acero reforzado por fibras de poliuretano y polipropileno, así como el cambio en el diseño de los compensadores de los lastres.

B. la aprobación, por parte de Halcrow, de pruebas de deslizamiento de los lastres del Emisario Submarino, que no deberían haberse aprobado por haber superado los porcentajes de deslizamiento permitidos.

c. La omisión de Halcrow durante la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino, para oponerse a la realización misma de la maniobra por no existir condiciones apropiadas para ello, oponerse al cambio de la ruta programada para dicha maniobra, con equipos remolcadores con capacidad insuficiente, en condiciones atmosféricas desfavorables y con señales de que la tubería tendría deficiencias que pondrían en peligro la maniobra.

A. Los cambios en el diseño del Emisario Submarino

202. El Emisario Submarino debía construirse siguiendo los diseños elaborados por la firma Hazen & Sawyer. En efecto, el pliego de condiciones de la contratación directa CDT-ALC- 01-BM-2007, el PACC y el diseño del proyecto elaborado por la firma Hazen & Sawyer, exigían la utilización de tres tipos de lastres (A, B, C), todos los cuales debían ser fabricados en concreto reforzado, en un molde de acero y con un refuerzo de acero.
203. Sin embargo, desde la primera reunión de coordinación entre ACUACAR, Halcrow y EDT (Minuta de Reunión WWCART MRE-01) el día 29 de Abril de 2009, el constructor planteó un cambio de diseño de los lastres del Emisario Submarino consistente en cambios de los materiales de acero de refuerzo por fibras de poliuretano y polipropileno; posteriormente, EDT propuso cambios de diseño adicionales de los lastres, tales como un nuevo diseño de la mezcla de concreto, el cambio consistente en el uso de bandas de caucho en los lastres y en las dimensiones de los lastres.
204. El 23 de julio de 2009³⁶³, el consorcio EDT elevó una solicitud formal de cambios de diseño en la que se incluye la sustitución de acero por fibra de polipropileno y polietileno, junto con otros cambios en el diseño. En respuesta a esa solicitud, la interventoría, en varias oportunidades, requirió documentos complementarios. No obstante lo anterior, pese a que la información y pruebas aportadas no ofrecían confianza para la toma de decisiones, en el informe mensual de interventoría No. 5 de agosto de 2009, HALCROW señaló que:

“(…)

*Debemos destacar que la documentación aportada por EDT no es completa y no ofrece confianza para la toma de decisión por parte de la Interventoría. **No obstante esta interventoría aprobó el cambio propuesto, dejando claramente establecida la***

³⁶³ WWCART-LE-023 del 23 de julio de 2009. En dicha comunicación se solicitaron cambios en los diseños respecto a: (i) justificación de la colocación de fibras de polipropileno y polietileno en reemplazo de acero convencional para refuerzo de lastres, (ii) cambio en dimensiones y volumen de los lastres de concreto tipo A B y C, (iii) Justificación cambios en el diseño de mezclas de concreto y (iv) Justificación de colocación de bandas de caucho en lastres de concreto.

responsabilidad en EDT por el cambio solicitado” (Subraya y negrilla fuera del texto).
(Folio 001179 al 001207, 001184, 001206 de la carpeta No. 2 de pruebas documentales)

205. El 2 de septiembre de 2009, después de varios meses de insistirle al Consorcio EDT en la importancia de entregar los documentos referidos para poder evaluar la viabilidad de los cambios propuestos, y con la simple entrega parcial de esta información y las persistentes dudas frente a las pruebas aportadas, la interventoría decidió unilateralmente el cambio de los diseños en los siguientes términos:

“(…)

“En consideración de los antecedentes expuestos, señalamos para cada uno de los cambios solicitados, lo siguiente:

- Utilización de fibras de polietileno en reemplazo de acero convencional para refuerzo de lastres. **Ante la falta de capacidad de EDT para aportar la totalidad de los antecedentes requeridos y solo con la finalidad de que EDT inicie las obras o faenas de hormigón, Halcrow autoriza el cambio solicitado.**
- Cambio en dimensiones y volumen de los lastres de concreto A, B, C. Se acepta, sin embargo, las diferencias de peso de los mismos deben ser absorbidas en el distanciamiento de los lastres al ser realizado el montaje. Por otra parte, una vez fabricados, se deben realizar un muestreo de grupo realizado el pesaje de tres lastres escogidos en forma aleatoria por esta interventoría.
- Cambios en el diseño de mezcla del concreto. Las recomendaciones establecidas por el profesional que respalda los documentos es que se debe realizar un estricto control del agua de amasado, bajo esta premisa se acepta el cambio propuesto, sin embargo esto no libera al contratista de presentar dosificaciones, certificados de calidad, tanto en los áridos, cemento, como proveedor, junto con toda la documentación exigida. El muestreo y la ruptura de las probetas, junto a las determinaciones de densidad, temperatura o cono debe ser realizado y certificado por un laboratorio independiente, quien entregará la información a la interventoría y al contratista, lo cual es independiente de la gestión de autocontrol que debe realizar el contratista.

“No obstante que esta interventoría acepta los cambios en las condiciones antes descritas, Halcrow deja establecido que la responsabilidad que significa esas modificaciones y las eventuales consecuencias durante la construcción y operación del emisario dentro de su vida útil es única y exclusiva de EDT”(Subraya y negrilla fuera del texto). Este documento fue allegado por el perito Daniel Flórez Pérez, en la carpeta “ANEXOS” aportada con su dictamen de mayo de 2013, ver anexo 27. Adicionalmente reposa en el expediente. (Folios 00338, 003389 Carpeta No. 6 de pruebas documentales).

206. Conforme los apartes transcritos respecto de la aprobación en el cambio de los diseños, es importante no dejar pasar por alto lo expuesto en las condiciones generales del contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008 respecto a las modificaciones a las disposiciones técnicas:

“(…)

30. Modificaciones a las disposiciones técnicas.

30.1. El contratista no podrá por sí mismo, efectuar ningún cambio en las disposiciones técnicas estipuladas en el contrato. Según se lo exija el jefe de obra mediante orden de ejecución y en el plazo indicado en ella, estará obligado a reconstruir, por su cuenta, las obras, que no se ajustan a las disposiciones contractuales” (Subraya fuera del texto).

207. El dictamen pericial rendido por el Ingeniero Daniel Flórez hace referencia a los informes realizados por Halcrow dentro del proceso de modificación de los diseños, en los que se analiza detalladamente el cambio de aquéllos en los siguientes términos:

“Análisis al cambio de diseño.

Existen varios documentos en los que la interventoría da a conocer que la información facilitada por el contratista es insuficiente para la aprobación de los cambios solicitados, sin embargo en el momento en que se solicita al contratista antecedentes de obras exitosas y la experiencia certificada del ingeniero que avala los cambios, comete un error debido a que la hoja de vida o los antecedentes de una compañía no son considerados como pruebas válidas para la realización de este tipo de cambios, y esto se argumenta de la siguiente forma:

Las tuberías de polietileno de alta densidad presentan alta flotabilidad sino se cargan con contrapesos de hormigón, ya que el peso específico del polietileno es inferior al del agua que lo rodea. El propósito de los lastres es darle estabilidad frente a las acumulaciones de aire y gas, fuerzas debidas a las corrientes y oleaje. Para diseñar el lastre o realizarle modificaciones se deben realizar una serie de plano, cálculos y especificaciones técnicas”.

208. En cuanto al cambio de los materiales, el dictamen pericial en mención hace referencia a los cambios en (i) el diseño de la mezcla de concreto, sobre el cual destaca el perito las razones por las cuales Halcrow aprueba dicho cambio y, (ii) la colocación de las bandas de caucho en los lastres de concreto, sobre el cual hace hincapié que *“no se encontró documento alguno en el que se solicita la autorización para utilizar este complemento, que finalmente si fue utilizado durante la ejecución de la obra”.*

209. En el aparte correspondiente de este laudo, el Tribunal analizará si este hecho constituyó un incumplimiento contractual de parte de Halcrow y si el mismo tuvo una relación de causalidad con el hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de diciembre de 2010.

B. Las pruebas de deslizamiento de los lastres y el cambio en el diseño de los compensadores

210. De acuerdo con la sección 1900 de las Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones del Contrato de Obra, el Consorcio EDT debía realizar pruebas de deslizamiento de los lastres en un tramo de tubería de 10 metros de longitud, prueba que se describe de la siguiente manera:

“El Contratista tendrá en el sitio, una tubería PEAD de 2,000 mm de diámetro y de 10 metros de longitud, en la cual colocará y asegurará con pernos, tuercas y demás dispositivos de ensamble, un lastre por cada molde de acero. El lastre no deberá deslizarse o moverse de su posición cuando la tubería se levante con una inclinación de 90 grados. En el caso de que el lastre no cumpla con esta prueba, el Contratista deberá modificar el molde de acero para probarse nuevamente”³⁶⁴.

211. En el escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico rendido por el Ingeniero Daniel Flórez se hace una relación de todas las pruebas de deslizamiento efectuadas por EDT y señala que:

“...en todas las pruebas de deslizamiento a excepción de la prueba 5 y la prueba 12, el lastre se deslizó completamente lo cual invalida automáticamente la prueba. La prueba de deslizamiento número 5 es rechazada debido a que el uso de las bandas de caucho no estaba contemplado en las especificaciones técnicas ni en el procedimiento de la prueba de deslizamiento presentado por EDT. La prueba número 12 (avalada por el interventor) termina el 9 de Diciembre y como ya se expuso en el literal anterior, tampoco cumple con las especificaciones técnicas. Por lo tanto se concluye que ninguna de las pruebas de deslizamiento cumplió con las especificaciones técnicas del contrato de construcción y a su vez, con las necesidades técnicas para las que estaban establecidas”.

212. Halcrow aprobó la prueba realizada el 9 de diciembre de 2009 en lastres de tipo A, y como lo señala el citado dictamen pericial técnico, dicha prueba no debería haber sido aprobada porque el lastre se deslizó en cinco (5) centímetros³⁶⁵.

213. En cuanto al material de los compensadores de los lastres, las Especificaciones Técnicas del Pliego de Condiciones del contrato de obra civil establecen que *“Para su ensamblaje, los lastres deben tener compensadores cilíndricos de caucho con paredes anchas, colocados entre las arandelas debajo de la tuerca de los tornillos que mantienen juntos las mitades de los lastres de concreto. Deben de ser de caucho EPDM 70-85 Shore A y deben ser fundidos y no cortados”³⁶⁶.*

³⁶⁴ Especificaciones técnicas, División 1-Requisitos generales, Sección 1900-Medición y pago, Parte 1- Generalidades, Numeral 1.02-Listado y descripción de rubros de pago, Rubro No. 7- Fabricar y probar el Lastre tipo A, paso número 4.

³⁶⁵ Cfr., respuesta a pregunta N° 8.1 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial técnico.

³⁶⁶ Tomo V, Sección 15008-9, Literal C.6 de las Especificaciones Técnicas.

214. En el dictamen pericial técnico rendido por el Ingeniero Daniel Flórez se menciona que el cambio en el diseño de los compensadores de los lastres se solicitó desde el 11 de mayo de 2009³⁶⁷. Sin embargo, en la carta del 2 de septiembre de 2009 no se menciona la autorización del cambio en el diseño de los compensadores. Los nuevos compensadores, sin embargo, fueron utilizados en las pruebas de deslizamiento, y mostraron deformaciones excesivas, a las que hace referencia también el dictamen pericial técnico³⁶⁸. Las aclaraciones del dictamen pericial técnico hacen una descripción más detallada del papel de los compensadores de los lastres y la incidencia de su cambio en la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino.

C. La maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino y su hundimiento

215. Una vez construido el Emisario Submarino se debía proceder a la maniobra de transporte e instalación en Punta Canoa. Para este efecto, los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2010 funcionarios de EDT hicieron reuniones en el Hotel Almirante Estelar, en el curso de las cuales se realizó una exposición de la programación de esta maniobra. A esta reunión asistió personal de Halcrow, así como personal de ACUACAR y de la Capitanía de Puerto, entre otros. En el expediente obra presentación del procedimiento técnico para el transporte e instalación del emisario submarino en Punta Canoas, prueba allegada por el testigo Manuel Pérez Carrasco, visible a folio 1492 – 1493, Cd anexo, Tomo III del cuaderno principal)

216. En el dictamen pericial naval sobre la maniobra, rendido por el Capitán Orlando Solórzano, se señala cómo la ruta originalmente programada y expuesta era transportar el Emisario Submarino “... desde Bahía Honda (Bahía de Cartagena) hasta Punta Canoas (punto Lat.10° 35.3N-long 75°31.3W), esta ruta básicamente era adecuada ya que se navegaba por la bahía interna de Cartagena con condiciones meteomarinas adecuadas para el transporte de este remolque especial, y posteriormente al salir de esta se enfilaba rumbo a punta canoas pasando entre tierra bomba y los bancos de Salmedina transitando por aguas someras y contemplando la contingencia que por emergencia se pudiera hundir controladamente el tubo del Emisario Submarino y luego recuperarlo...”.

217. Tras varias fallas del motor del R/R Salvador, que era la unidad de remolque principal, y de otros remolcadores participantes en la maniobra, y en medio de condiciones atmosféricas desfavorables, el Emisario Submarino se partió en varias secciones y se hundió en la madrugada del 2 de diciembre de 2010. El dictamen pericial naval señala que los remolcadores participantes en la maniobra, incluyendo el R/R Salvador, no contaban con la potencia suficiente para esta operación (en términos de “bollard pulls”). También señaló que, salvo el Capitán del R/R Salvador, los capitanes de los demás remolcadores no tenían la idoneidad suficiente para ejercer dicha labor.

218. Tras su asistencia a la reunión informativa del plan de la maniobra celebrada los días 24, 25 y 26 de Noviembre de 2010 en el Hotel Almirante Estelar, Halcrow no participó ni supervisó la ejecución de la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino; por lo tanto, no hizo advertencia alguna de los errores que se estaban cometiendo, no verificó la potencia de los remolcadores utilizados, ni la idoneidad de los capitanes de

³⁶⁷ Dictamen Pericial Técnico, pág. 94, en el que se hace referencia al Transmital EDTMC-CO-0148-H0095.

³⁶⁸ Dictamen pericial Técnico, pág. 107.

los remolcadores, ni el cambio de la ruta, porque como lo dice el testigo Manuel Pérez Carrasco, Halcrow solo estuvo presente al inicio de la maniobra, *“Si desde el movimiento, nosotros pudimos estar, visualizar todo el proceso de retiro de la tubería de la bahía pero una vez que la tubería sale de la bahía nosotros ya perdemos el contacto y tenemos solamente la información del contratista que nos indica cual es el proceso y cuál es el avance de la tubería y cuáles son los inconvenientes o los problemas”*.

La parte convocada, Halcrow Group Limited, por conducto de su representante legal, señor Oswaldo Maneti, aceptó algunos hechos que son parte importante en este proceso, como que Halcrow Group Limited, a través de sus funcionarios delegados para atender la interventoría, no estuvo presente en la maniobra de transporte del emisario submarino, cuando ocurrió el accidente que condujo al hundimiento del mismo. (Página 19 del texto del interrogatorio).

219. La participación – o mejor, la ausencia de participación – de Halcrow en la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino, ha sido objeto de análisis, desde el punto de vista técnico de interventoría por el dictamen pericial rendido por el Ingeniero Daniel Flórez; igualmente, obra en el expediente el informe presentado por el Ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta, en el que se lee lo siguiente:

“ (...)

“La longitud del tubo, sin diámetro y su porcentaje de lastrado hacían que las operaciones de remolque y colocación de Punta Canoa de dicho emisario fueran realmente excepcionales desde el punto de vista técnico y por lo tanto para dichas operaciones se debería de haber contado con estudios que avalarán (sic) una operación que cualquier especialista en este tipo de obras no dudaría en calificar de extremadamente arriesgada. Cuando ocurre un accidente de estas características suele ser porque han tenido lugar una serie encadenada de fallos. Por un fallo técnico aislado por muy importante que sea no suele tener lugar un incidente que provoque la pérdida total de la tubería.

(...)

“Los estudios técnicos confirman la necesidad de utilizar armaduras metálicas en los lastres, si no las llevan, no pueden resistir los esfuerzos a los que se somete al hormigón al dar a los tornillos fuerza de apriete de hasta 21 Tn. Si a los tornillos no se les puede dar una tensión no se puede asegurar que los lastres no deslizaran a lo largo del tubo tanto en las operaciones de remolque como de la forma especial y sobre todo en la operación de hundimiento en el fondo marino.

(...)

“Un cambio tan importante como la eliminación de las armaduras metálicas y su sustitución por fibras de poliéster debería estar avalado, no sólo por cálculos numéricos, sino por pruebas de laboratorio. Estas pruebas de laboratorio deberían haberse realizado tanto para los esfuerzos de comprensión como, sobre todo y de forma muy especial,

frente a los esfuerzos flectores, ya que estos provocan la aparición de tracciones importantes. Resulta inexplicable que cuando se empezaron a colocar los lastres sin armadura sobre el tubo se rompieron 53 unidades y no se paralizara la operación de inmediato.

"En ese momento tanto la empresa constructora, como la consultora Halcrow se debían de haber replanteado la situación porque era evidente que en esa situación los tubos no iban a poderse fondear sino se tomaban otras medidas.

(...)

"Nunca se debió salir al mar sin tener la absoluta seguridad de que la tubería era estanca. Se puede entender que EDT quisiera ahorrarse costos, pero es difícil de entender que Halcrow, ante la importancia que podía tener una entrada de agua por ese punto autorizará la salida de la tubería sin el informe de un buzo de confianza y una prueba de estanqueidad.

(...)

"Como comentábamos al inicio de este escrito el accidente del 2 de diciembre tuvo que ser provocado por una serie concatenada de errores técnicos. Lo que ante un incidente de esta importancia era difícil de imaginar era que el contratista fallara en los aspectos más elementales y que la interventoría no ejerciera ningún tipo de control". (Folios 1317 al 1323 Tomo IV. Cuaderno principal)

220. Las omisiones de Halcrow en relación con la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino serán analizadas en otro aparte de este laudo, a la luz de las obligaciones contractuales del interventor, con el fin de determinar si ello constituyó un incumplimiento contractual de parte de Halcrow y si el mismo tuvo una relación de causalidad con el hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de Diciembre de 2010.

VIII. El incumplimiento de las obligaciones por parte de Halcrow y su incidencia sobre el accidente ocurrido en la maniobra de transporte del emisario submarino

221. La controversia sobre el incumplimiento de las obligaciones por parte de HALCROW gira alrededor de: (a) la autorización del cambio en los diseños para la ejecución de la obra, concretamente el cambio en los materiales de los lastres de acero reforzado por fibras de poliuretano y polipropileno, así como el cambio en el diseño de los compensadores de los lastres; (b) la aprobación de las pruebas de deslizamiento de los lastres del emisario submarino sin haberse superado los porcentajes de

deslizamiento permitidos, y (c) la autorización para la realización de la maniobra cuando las condiciones medioambientales no eran suficientemente favorables para el adecuado cumplimiento. (Páginas 70 y siguientes, dictamen pericial del ingeniero Daniel Flórez, febrero de 2013)

222. Sobre el cambio en los diseños para la ejecución de la obra y las pruebas de deslizamiento de los lastres del emisario submarino, el Tribunal encuentra que en el expediente obran los siguientes documentos que considera relevantes para determinar los hechos que rodearon dicho cambio, los cuales resultan fundamentales para analizar la responsabilidad de HALCROW solicitada en las pretensiones de la demanda:

a. Minuta de reunión WWCART-MRE-001 de 29 de abril de 2009. En dicha minuta se recoge lo expresado por Michael Peleg (MKP), quien actuaba como parte del equipo de EDT, y lo respondido por Alejandro Labbé (ALF), quien actuaba en nombre de HALCROW, y por Luis Alfonso Pinzón (LAP), quien actuaba como parte del equipo de ACUACAR, en los siguientes términos:

“Por otra, indica que hay dos problemas con el diseño que quieren plantear, que requieren solución rápida:

- *En el proyecto no se cuenta con las coordenadas del punto de inicio del emisario y es necesario contar con dicha información para saber dónde comienza su contrato.*
- *La parte de la ataguía, EDT considera que no está suficientemente profunda y podría colapsar, es necesario profundizarlas y además agregar pesos para que estas no se vuelquen.*
- *Las tuberías de flotación están proyectadas con fijación mediante cables de acero, consideran que podrían provocar un desastre, por lo que plantearán una modificación.*

ALF indica que para dar curso a estas aclaraciones y cualquier adicional deben ser solicitadas de manera formal.

MKP continúa señalando que en los últimos cuatro proyectos en que él ha participado, los lastres están diseñados sin acero de refuerzo y que en su reemplazo se usa fibra. Sin embargo, en ese caso usarán el acero de refuerzo especificado, pero proponen incorporar la fibra a costo de EDT. Con los movimientos de traslados del lastre se golpean y se deterioran, al incorporar la fibra esto se evitará.

LAP señala que Acuacar va a considerar esta proposición que parece un buen aporte”. (Folios 003328 al 003332 carpeta No.6, pruebas documentales).

b. Minuta de reunión WWCART-MRE-003 de 7 de mayo de 2009. En dicha minuta se recoge lo expresado por Manuel Pérez (MP), quien actuaba como parte del equipo de HALCROW, y lo respondido por Sergio Gómez (SG), quien actuaba en nombre de EDT, en los siguientes términos: *“MP señala que se encuentra pendiente la solicitud de incorporación de fibra en el concreto de los lastres. SG indica que sólo se usará el refuerzo señalado en el proyecto, no harán la incorporación de la fibra”*. (informes EDT, 1,4 minutas de reunión #FE 81, 1,41 coordinación, disco F, carpeta documentos en medio magnético).

c. En el informe de interventoría de mayo de 2009 se resume lo ocurrido hasta la fecha con la construcción y el material de los lastres, así:

“La fabricación de los lastres está programada para iniciarse el 28 de mayo, pero esta actividad solo se puede iniciar luego de tener las dosificaciones, las pruebas de los concretos y aprobado los planes medioambientales. De más está decir que previamente EDT debe aclarar si pretende usar enfierradura o fibra para los lastres. En caso que quieran utilizar la fibra, el Contratista deberá someter a consideración de esta Interventoría dicho cambio, para lo cual deberá adjuntar toda la información de respaldo. En tal caso, EDT habría perdido casi dos meses por no haber efectuado dicho planteamiento oportunamente. (Informe de Halcrow, mayo de 2009, CD d, carpeta de documentos virtuales).

d. Minuta de reunión WWCART-MRE-004 de 14 de mayo de 2014. En dicha minuta se recoge lo expresado por Sergio Gómez (SG), quien actuaba como parte del equipo de EDT en el sentido de solicitar *“el plano de detalle con los refuerzos de acero”*. (informes EDT, 1,4 minutas de reunión #FE 81, 1,41 coordinación, disco F, carpeta documentos en medio magnético).

e. Oficio de 18 de mayo de 2009, suscrito por una ingeniera de Investigación y Desarrollo de Cemex Colombia, mediante el cual se presenta el diseño propuesto para el proyecto.

f. Minuta de reunión WWCART-MRE-010 de 3 de junio de 2009. En dicha minuta se recoge lo expresado por Sergio Gómez (SG), quien actuaba en nombre de EDT, y lo respondido por Gustavo Robledo (GR), quien actuaba como parte del equipo de ACUACAR, en los siguientes términos:

SG insiste que se está cambiando el procedimiento, porque esperan reemplazar el refuerzo de acero por fibra y esto requiere una serie de análisis para demostrar que la calidad del concreto se conservará intacta...

GR agrega que esta propuesta de modificación se insinuó al comienzo del Contrato y le parece muy tarde para que se vuelva a esta modificación. Sin embargo, se estudiaría y

se daría una pronta respuesta cuando la presenten con sus justificaciones de cálculo.

- g. Oficio WWCART-LE-006 de 18 de junio de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW, mediante el cual se presenta un listado de especificaciones que debe cumplir Cemex Colombia, en caso de ser el proveedor de concreto, a efectos de garantizar que el proyecto se ejecutará correctamente.
- h. Minuta de reunión WWCART-MRE-018 de 25 de junio de 2009. En dicha minuta se recoge lo expresado por Alejandro Labbe (ALF), quien actuaba como parte del equipo de HALCROW, y lo respondido por EDT, en los siguientes términos:

EDT manifiesta que se encuentra en etapa de pruebas de concreto con fibra, debiendo concluir con una última prueba para verificar el desplazamiento de los lastres en la tubería a la semana siguiente a la llegada de esta, de la que harían partícipe a la interventoría. Una vez concluidas esas actividades para ellos preliminares, harán entrega de los antecedentes para formalizar el cambio. El proveedor sigue siendo el mismo señalado en la reunión anterior.

ALF manifiesta que es necesario que el contratista formalice a la brevedad los cambios y sus respaldos, puesto que el cambio no es menor y el análisis de este no es trivial y no puede realizarse de un día a otro.

EDT indica que la utilización de la fibra como cambio es formal, no obstante completará el proceso de pruebas internas para presentar toda la documentación a la interventoría. (Informes EDT, 1,4 minutas de reunión #FE 81, 1,41 coordinación, disco F, carpeta documentos en medio magnético).

Correos electrónicos de 2 de julio y 9 de julio de 2009, de Cristian Díaz de HALCROW a Gregorio Otero de ACUACAR, y minuta de reunión WWCART-MRE-033 de 9 de julio de 2009 donde consta que EDT requirió los cálculos de los lastres a efectos de determinar con precisión la modificación que debía incorporarse a los diseños, concretamente a los lastres. (Informes EDT, 1,4 minutas de reunión #FE 81, 1,41 coordinación, disco F, carpeta documentos en medio magnético).

- j. En el informe de interventoría de junio de 2009 se resume lo ocurrido hasta la fecha con la construcción y el material de los lastres, así:

El Contratista ha manifestado su intención de modificar los lastres, cambiando el acero de refuerzo por fibra, pero espera reunir todos los antecedentes y cálculos para plantearlo como una modificación, no obstante, ha procedido a ejecutar pruebas de

hormigones con fibra, en dos ocasiones con resultados que no han dejado del todo conforme al Contratista, porque el proveedor de hormigones no ha entregado hormigones homogéneos...

[...]

Continuando en la línea del punto anterior, es extremadamente preocupante que el Contratista, encontrándonos ya a fines de junio, aún no haya definido si utilizará fibra o refuerzos de acero estructural en la construcción de los lastres de hormigón. Más aun considerando que se estima la llegada de la tubería para mediados de julio y lo más probable es que a la fecha de arribo ningún lastre haya sido construido, por lo que todo el tiempo ganado en la fabricación de la tubería no será aprovechado adecuadamente” (Informe mensual junio 2009, CD de informes mensuales Halcrow Group Limited).

- k. Minuta de reunión WWCART-MRE-024 de 20 de julio de 2009. En dicha minuta se recoge lo expresado por EDT y por HALCROW en relación con el cambio de los diseños de los lastres, en el sentido de que se entregaría pronto el cambio en los diseños y que ya se había entregado el cálculo estructural de los lastres. (informes EDT, 1,4 minutas de reunión #FE 81, 1,41 coordinación, disco F, carpeta documentos en medio magnético).
- l. Comunicación EDTMC-CO-0148-H0095 de 23 de julio de 2009, mediante la cual el ingeniero de sitio de EDT presentó a HALCROW la solicitud formal de cambio en el diseño, en los siguientes términos:

Anexo 1: Justificación de la colocación de fibras de polipropileno y polietileno en reemplazo de acero convencional para refuerzo de lastres.

Anexo 2: Cambio en dimensiones y volumen de los lastres de concertó tipo A, B y C.

Anexo 3: Justificación cambios en el diseño de la mezcla de concreto.

Anexo 4: Justificación de colocación de bandas de caucho en lastres de concreto.

- m. Oficio WWCART-LE-010 de 26 de julio de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW y dirigido al Gerente de Proyectos en Sitio de EDT, formulando requerimientos preliminares relacionados con la comunicación EDTMC-CO-0148-H0095 mencionada antes.
- n. En el informe de interventoría de julio de 2009 se resume lo ocurrido hasta la fecha con la construcción y el material de los lastres, así:

El Contratista hizo una presentación a la Interventoría para reemplazar el acero

proyectado, por fibra, pero con nulos antecedentes respecto a las experiencias anteriores en el uso de la fibra. La Interventoría procedió a solicitar antecedentes que permitan evaluar si el cambio es conveniente para el proyecto.

La fabricación de los lastres estaba programada para iniciarse el 28 de mayo, en la nueva programación estaba fijada para iniciarse el 18 de julio, fecha que tampoco se cumplió. El Contratista deberá demostrar claramente que la modificación propuesta no disminuye la calidad de la obra...

[...]

Continuando en la línea del punto anterior, es extremadamente preocupante que el Contratista, encontrándonos ya a fines de julio, aún no exista una definición si utilizará fibra o refuerzos de acero estructural en la construcción de los lastres de hormigón. El contratista entregó documentos para realizar esta modificación, sin embargo ésta no ha sido respaldada por firma alguna de ingeniero civil y respaldos de experiencias anteriores. No obstante lo anterior, esta Interventoría ha iniciado la revisión de dichos documentos para no entorpecer el desarrollo del proyecto. (Informe mensual julio de 2009 CD d informes mensuales de Halcrow Group Limited).

- o. Oficio WWCART-LE-016 de 26 de julio de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW y dirigido al Gerente de Proyectos en Sitio de EDT, solicitando información de respaldo necesaria para resolver la solicitud de cambio de diseños presentada por EDT. (Folio 003385 carpetas número 5 pruebas documentales).
- p. Memo WWCART-ME-022 de 10 de agosto de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW y dirigido a diversos funcionarios de EDT, en el cual se precisa con mayor detalle las solicitudes incluidas en el informe de revisión inicialmente emitido.
- q. Oficio WWCART-LE-017 de 13 de agosto de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW y dirigido al Director de Proyecto de EDT, solicitando nuevamente información adicional necesaria para resolver la solicitud de cambio de diseños presentada por EDT.
- r. Comunicación EDTMC-CO-0148-H0121 de 14 de agosto de 2009, mediante la cual el ingeniero de sitio de EDT presentó a HALCROW los antecedentes de la utilización de fibras en la elaboración de concretos por una empresa proveedora de EDT.
- s. Oficio WWCART-LE-022 de 26 de agosto de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW y dirigido al Director de Proyecto de EDT, en la cual se dio respuesta formal a la solicitud de cambio presentada por EDT mediante comunicación EDTMC-CO-0148-H0095 de 23 de julio de 2009.

(folio 003387 carpetas número 5 pruebas documentales, anexo 36 del dictamen pericial del ingeniero Daniel Flórez).

- t. Minutas de reunión WWCART-MRE-026 de 30 de julio de 2009, WWCART-MRE-026 de 6 de agosto de 2009, WWCART-MRE-030 de 13 de agosto de 2009, WWCART-MRE-033 de 20 de agosto de 2009 y WWCART-MRE-034 de 27 de agosto de 2009. En dichas minutas se recoge lo expresado por EDT y por HALCROW en relación con el procedimiento que debe seguirse para la aprobación del cambio de los diseños de los lastres. (informes EDT, 1,4 minutas de reunión #FE 81, 1,41 coordinación, disco F, carpeta documentos en medio magnético).
- u. Comunicación EDTMC-CO-0148-H0155 de 28 de agosto de 2009, mediante la cual el Gerente de Proyecto en Sitio de EDT presentó a HALCROW respuestas a las inquietudes formuladas en el Oficio WWCART-LE-022 de 26 de agosto de 2009 mencionado atrás.
- v. Correos electrónicos de 30 de agosto de 2009 y 1º de septiembre de 2009, mediante los cuales se envió información adicional a HALCROW sobre la justificación de los cambios en los diseños solicitada por EDT.
- w. Oficio WWCART-LE-023 de 2 de septiembre de 2009, suscrito por Manuel Pérez de HALCROW y dirigido a Ayalon Roitemberg, ingeniero en sitio de EDT, el cual, por su importancia, se transcribe integralmente:

Estimado Ayalon:

En el contexto del contrato “Interventoría Técnica y Ambiental para la Construcción e Inspección del Emisario Submarino Cartagena de Indias CDT-ALC-CONSUL-12-BM-2006”, suscrito entre ACUACAR y Halcrow Group Limited, se entregan a continuación los comentarios en relación a los documentos solicitados con fecha miércoles 19 de agosto de 2009 por EDT a la presente Supervisión:

Ante la solicitud presentada por el Contratista para los cambios solicitados, Halcrow ha revisado los antecedentes entregados, enumerados a continuación:

- a) Oficio WWCART-LE 010, Solicitud de cambios al diseño, entregado con fecha 26 de julio de 2009.*
- b) Justificación a los cambios en la mezcla de concreto entregado con fecha miércoles 19 de agosto de 2009 por EDT y firmada por ingeniero José Gabriel Gómez Cortés.*
- c) Cálculo de Dosificación de Fibra Tuf Strand de Toxement, número de serie EDTMC-CO-029-HO138 con fecha 20 de agosto de 2009.*

d) Respuesta a Oficio WWCART-LE-022, recibido con fecha 29 de agosto de 2009.

Asimismo, esta Interventoría ha recibido los datos de contacto que comprueban experiencia del Contratista en dos (2) obras de similares características:

- Planta Desalinizadora de Hadera, Israel, representados por el Sr. Modi Assaf, General Manager del contratista Mer-Terre, quien ha conformado por escrito las referencias positivas al uso de este sistema constructivo.*
- Proyecto Larnaca Desalination Plant, Chipre, representados por el Dr. Erineos Koutsakos, Plant Manager del Proyecto y quien también confirma por escrito las referencias positivas al uso de este sistema constructivo*

En consideración de los antecedentes expuestos, señalamos para cada uno de los cambios solicitados, lo siguiente:

- 1. Utilización de fibras de polipropileno y polietileno en reemplazo de acero convencional par refuerzo de lastres: Ante la falta de capacidad de EDT para aportar la totalidad de los antecedentes requeridos y solo con la finalidad de que EDT inicie las obras o faenas de hormigón, Halcrow autoriza el cambio solicitado.*
- 2. Cambio en dimensiones y Volumen de los lastres de concreto A, B y C: Se acepta, sin embargo, las diferencias de peso de los mismos deben ser absorbidas en el distanciamiento de los lastres al ser realizado el montaje. Por otra parte, una vez fabricados, se debe realizar un muestreo de grupo realizando el pesaje de tres lastres escogidos en forma aleatoria por esta Interventoría.*
- 3. Cambios en el diseño de Mezcla de concreto: Las recomendaciones establecidas por el profesional que respalda los documentos es que se debe realizar un estricto control del agua de amasado, bajo esta premisa se acepta el cambio propuesto, sin embargo, esto no libera al contratista de presentar las dosificaciones, certificados de calidad, tanto de los áridos, cemento, como proveedor, junto a toda la información exigida. El muestreo y la ruptura de las probetas, junto a las determinaciones de densidad, temperatura o cono debe ser realizado y certificado por un laboratorio independiente, quien entregará la información a la Interventoría y al contratista, lo cual es independiente de la gestión de autocontrol que debe realizar el contratista.*
- 4. Colocación de bandas de caucho en los lastres de concreto: Esta solicitud fue retirada por el contratista.*

No obstante que esta Interventoría acepta los cambios en las condiciones antes descritas, Halcrow deja establecido que la responsabilidad que significan estas modificaciones y las eventuales consecuencias durante la construcción y operación del emisorio dentro su vida útil es única y exclusiva de EDT.” (folio 003388 a 003389 carpeta número 6 de pruebas documentales; folio 710 carpeta número 13 de pruebas documentales).

- x. En el informe de interventoría de agosto de 2009 se resume lo ocurrido hasta la fecha con la construcción y el material de los lastres, así:

La fabricación de los lastres estaba programada para iniciarse el 28 de mayo, luego se programó para el 18 de julio, y la última fecha tentativa es el 4 de septiembre. El Contratista deberá demostrar claramente que la modificación propuesta no disminuye la calidad de la obra...

[...]

Al cierre de este informe se gestó una reunión con ACUACAR, esta Interventoría y el Contratista en la que se acordó la utilización de fibra a cambio de refuerzos de acero estructural en la construcción de los lastres de hormigón. Debemos destacar que la documentación aportada por EDT no es completa y no ofrece confianza para la toma de decisión por parte de la Interventoría. No obstante esta Interventoría aprobó el cambio propuesto dejando claramente establecida la responsabilidad en EDT por el cambio solicitado. Se espera que a la brevedad se inicie la construcción de los Lastres”. (Informe mensual de agosto de 2009, CD d informes mensuales Halcrow Group Limited).

223. En relación con los temas expresados sobre los cuales gira la controversia sobre el cumplimiento o incumplimiento del contrato por parte de HALCROW, el Tribunal destaca los siguientes aspectos en los dictámenes periciales que obran en el expediente:
224. En primer lugar, destaca el Tribunal el dictamen pericial elaborado por el ingeniero Daniel Flórez, el cual se denomina “*REPORTE DE LA EVALUACIÓN TÉCNICA CON BASE EN LOS DOCUMENTOS, INSPECCIONES EN SITIO Y MEMORIA DE LA CONSTRUCCIÓN E INTERVENTORÍA DEL EMISARIO SUBARINO DE CARTAGENA DE INDIAS, D. T Y C.*”, del cual destaca el Tribunal los siguientes aspectos, los cuales tienen también en cuenta lo expresado en las aclaraciones y complementaciones a dicho dictamen pericial, las cuales ratificaron y profundizaron las conclusiones inicialmente presentadas:
- a. El dictamen pericial comienza por hacer un resumen muy preciso del análisis técnico de las obligaciones a cargo del interventor HALCROW derivadas tanto del contrato de interventoría y

del contrato de obra suscrito con EDT, como de la naturaleza propia de la interventoría de proyectos de naturaleza pública. Frente a este punto, el Tribunal hizo referencia detallada a las conclusiones técnicas del perito en el capítulo donde se analiza el régimen de responsabilidad del interventor.

- b. Más adelante, en el mismo dictamen se precisa los componentes para construir un emisario submarino de calidad, dentro de los cuales destaca *“los procesos metodológicos de la gerencia del proyecto, el plan de aseguramiento de calidad (PACC) y un diseño eficaz”*. Más adelante, el mismo perito define de manera general cada uno de esos componentes, así: *“La gerencia de proyecto hace referencia a una planeación objetiva que establece el orden en función de un alcance. El PACC, garantiza la calidad de los procesos llevados a cabo en el proyecto. El diseño presenta la idea a desarrollar, con sus posibilidades y riesgos”*.
- c. Concretamente en cuanto al PACC, en el dictamen pericial se concluye que *“en ninguno de los documentos entregados por el contratista se cumple con la totalidad de los componentes y en la mayoría de los casos los que contiene no cumplen con lo que se requiere”*. Es decir, que el PACC elaborado por el contratista EDT –el cual debió ser verificado y aprobado por HALCROW, de acuerdo con sus obligaciones del contrato de interventoría– no resultó suficiente a la luz de las exigencias técnicas propias de la elaboración y seguimiento de un plan de aseguramiento de calidad.
- d. A su vez, en cuanto al diseño entregado por ACUACAR para la ejecución de la obra, se expresa en el dictamen pericial que *“a pesar de las diferentes alternativas de diseño para la construcción de un emisario submarino, se asume el diseño presentado en la licitación, el cual fue desarrollado por la firma Hazen and Sawyer como el diseño apto, teniendo en cuenta que los lastres con armadura son uno de los elementos claves en el éxito del funcionamiento del emisario submarino”*.
- e. Posteriormente, en el dictamen pericial se hace referencia a la importancia que tienen las pruebas y exámenes de laboratorio en la ejecución del proyecto contratado. Destaca el dictamen pericial que *“Halcrow en su informe, proponía un plan de ensayos de laboratorio, con el fin de verificar lo que había sido estipulado en el contrato y las especificaciones técnicas”*. A continuación, el dictamen precisa las actividades propias de estas pruebas y exámenes, luego de lo cual hace un análisis de lo efectivamente ejecutado en la construcción del emisario submarino.
- f. Con base en lo anterior, concluye el dictamen pericial que algunas actividades fueron correctamente elaboradas, mientras que otras, especialmente las relacionadas con el plan de aseguramiento de calidad, no fueron debidamente observadas de acuerdo con lo pactado técnicamente. Frente a esas omisiones, en la respuesta 5.1 a las aclaraciones y complementaciones, expresó el perito:

La importancia de los procedimientos radica en que establecían medidas y parámetros bajo los cuales la Interventoría podía evaluar cuál era el avance de la entrega de la obra y si estaba cumpliendo con las especificaciones técnicas. Algunos de estos procedimientos como el montaje de lastres, el impacto urbano, el ensamble de la tubería, el transporte, el hundimiento y la instalación del emisario submarino, eran rubros de pago para el contratista de acuerdo a lo establecido en las especificaciones técnicas. Es decir que al finalizar cada una de estas actividades el contratista recibía un pago con base en la lista de precios unitarios del contrato. El hecho de que procedimientos como los anteriores se relacionen con rubros de pago, indica que eran procedimientos importantes para medir el avance general del proyecto y por lo tanto debían tener un control especial por parte de la interventoría. Al no tener un procedimiento documentado, no se podía establecer si los resultados que entregaran estas actividades cumplían con los requisitos de calidad de la obra y si por tanto podían ser pagados al contratista. Además, en las especificaciones técnicas se estipula que estos procedimientos debían tener un procedimiento separado en el PACC, de manera que la interventoría pudiera hacerle el seguimiento al cumplimiento y a la conformidad del producto.

- g. Esa omisión según la respuesta 5.2, generó que “la interventoría no tenía como comparar las actividades que se iban a realizar con las especificaciones, para verificar que cumplieran con éstas. Es decir que no se podía controlar que la calidad de la obra estuviera acorde con lo solicitado”. A su vez, en la aclaración 5.3 aclara el perito que ante esas omisiones, “el interventor debió evitar que se ejecutaran las actividades que requerían dichos procedimientos”.*
- h. En cuanto al “análisis de los fundamentos técnicos y de laboratorio bajo los que Halcrow autorizó el cambio de diseño”, en el dictamen pericial se hace primero una cronología de los hechos relacionados con ese cambio, la cual considera pertinente el Tribunal transcribir:*

El primer cambio en el diseño se planteó desde la primera reunión de coordinación entre ACUACAR, Halcrow y EDT (Minuta de Reunión WWCART MRE-01) el día 29 de abril de 2009. El representante de EDT Michael Peleg propuso la adición de fibras de polietileno para reforzar la estructura de hormigón armado (compuesta por concreto y acero) a costo de EDT. Esta propuesta se considera un cambio, porque en el diseño original elaborado por Hazen & Sawyer no se contempla el uso de tales fibras. Sin embargo, en las especificaciones técnicas del contrato de construcción sí se menciona como una posibilidad la adición de fibras para mejorar la resistencia.

El día 11 de Marzo de 2009 el contratista solicitó el cambio de diseño de los compensadores por otros que según su experiencia eran mejores (Transmittal No. 0024) y adjuntó en dos ocasiones soportes para justificar los cambios propuestos (Transmittal No.H0033 del 20 de Mayo de 2009 y Transmittal No.H0056 del 4 de Junio de 2009). Los soportes presentados consistían en informes del ingeniero Ian Larsen en los cuales afirmaba que los compensadores propuestos tenían las mismas características que los

del diseño original. El primer informe no evidencia la justificación del cambio, pues el ingeniero Larsen menciona los compensadores del diseño original pero no los propuestos por el Contratista, y se limita a repetir lo dicho en su informe del año 2005 (Anexo del Transmittal H0033). En el segundo informe (anexo del Transmittal H0056), analiza las características de los nuevos compensadores pero no da una recomendación explícita de uso.

La solicitud de la aprobación del diseño de la mezcla de cemento comienza el 19 de mayo de 2009 con la presentación de las características de una mezcla de la empresa Cemex, donde se muestra la composición de dicha mezcla en términos de agua, cemento y agregados (Transmittal H0034). Sin embargo, en respuesta de la interventoría del día 18 de junio de 2009(WWCART-LE-006), se le notifica al contratista que la información enviada no permite comparar las características de la mezcla propuesta con las especificaciones técnicas, puesto que no se muestra la composición química del cemento que se pretende usar.

Posteriormente, el 23 de Julio de 2009 el Contratista presenta un nuevo diseño de mezcla de la empresa Holcim, anexando como soporte ensayos realizados en cilindros hechos con esta mezcla (Transmittal EDTMC-CO-0148-H0095). El 19 de agosto de 2009 el Contratista presenta el concepto del Ingeniero José Gabriel Cortés (Transmittal EDTMC-CO-0201-H0131), en el que analiza las características de la mezcla y las compara con las especificaciones, concluyendo que cumple parcialmente con éstas y que es necesario el uso de aditivos para mejorar algunas características. Finalmente, el 26 de agosto de 2009 presenta los resultados de ensayos realizados en cilindros hechos con la mezcla propuesta, llevados a cabo por el laboratorio CHPereira (Transmittal EDTMC-CO-052).

En el mismo comunicado (Transmittal EDTMC-CO-0148-H0095), del 23 de julio de 2009, el Contratista solicita el cambio en el volumen y las dimensiones de los lastres, así como la sustitución del acero de refuerzo de los Lastres por fibras de polietileno y polipropileno. Como soporte adjunta un informe de la empresa proveedora de las fibras (Toxement) sobre las características de éstas. Ante las observaciones del Interventor y las solicitudes de presentar más soportes (Comunicaciones: WWCART-LE-016,WWCART-ME-22, WWCART-LE-022, del 4, el 10 y el 26 de Agosto de 2009 respectivamente), el Contratista presentó: Informes con cálculos de la dosificación de la fibra a utilizar (EDTMC-CO-029-H0138 del 20 de Agosto de 2009), cálculos teóricos de la resistencia a la flexión del concreto reforzado con fibras del Ingeniero Uri Kushnir (EDTMC-CO-214-H0140 del 24 de Agosto de 2009), y antecedentes de los proyectos donde utilizó este sistema de construcción (EDTMC-CO-0190-H0121 yEDTMC-CO-0237-H0159, del 8 de Agosto y el 2 de Septiembre respectivamente).

El Contratista además propuso el 21 de julio de 2009 la adición de bandas de caucho al lastre para mejorar la fricción entre éste y el tubo. Esta solicitud se incluyó en el procedimiento propuesto para realizar la prueba de lastres (Transmittal H0091, EDTMC-PT-13 Versión 1), pero fue retirada en la segunda versión del procedimiento del 9 de Septiembre (EDTMC-PT-13 Versión 2). Esta solicitud no quedó incluida en la aprobación que el Interventor dio el 2 de Septiembre de 2009, sin embargo, se volvió a incluir en la versión definitiva del procedimiento (Transmittal H0327, EDTMC-PT-13 Versión 4); bajo la cual fue realizada la prueba avalada por el Interventor el 9 de Diciembre de 2009 (WWCART-RDZF-056, 09 12 09). Cabe anotar que no existe un documento donde se apruebe el procedimiento EDTMC-PT-13 Versión 4, sin embargo, al avalar la prueba se infiere que el procedimiento fue aprobado.

El 2 de septiembre de 2009 el Interventor Halcrow Group Limited aprobó los cambios solicitados, comunicándolos al Contratista mediante la carta WWCART-LE-023. En ésta comunicación, manifiesta:

- Los soportes presentados no son suficientes para el caso de las fibras.*
- La mezcla de cemento debe controlarse rigurosamente haciendo continuamente pruebas.*
- El cambio de volumen de los lastres debe compensarse cambiando el distanciamiento entre éstos.*

El Interventor justifica la aprobación aduciendo la importancia que tiene comenzar las faenas de hormigonado para poder cumplir con los plazos pactados y le asigna toda la responsabilidad del resultado de los cambios al Contratista”.

- i. Una vez presentada la cronología transcrita, el dictamen pericial hace referencia a los informes realizados por HALCROW dentro del proceso de modificación de los diseños. Más adelante, el perito analiza detalladamente los diversos aspectos del cambio de diseño, y expresa las siguientes conclusiones del análisis suyo en los citados cambios:

“Análisis al cambio de diseño

Existen varios documentos en los que la interventoría da a conocer que la información facilitada por el contratista es insuficiente para la aprobación de los cambios solicitados, sin embargo, en el momento en el que le solicita al contratista antecedentes de obras exitosas y la experiencia certificada del ingeniero que avala los cambios, comete un error debido a que la hoja de vida o los antecedentes de una compañía no son considerados como pruebas válidas para la realización de este tipo de cambios, y esto se argumenta de la siguiente forma:

Las tuberías de polietileno de alta densidad presentan alta flotabilidad si no se cargan con contrapesos de hormigón, ya que el peso específico del polietileno es inferior al del agua que le rodea. El propósito de los lastres es darle estabilidad frente a las acumulaciones de aire y gas, fuerzas debidas a las corrientes y oleaje. Para diseñar el lastre o realizarle modificaciones se deben realizar una serie de planos, cálculos, y especificaciones técnicas como:...”

- j. En cuanto al cambio en los materiales, el dictamen pericial hace referencia a los cambios en (i) el diseño de la mezcla de concreto, sobre lo cual destaca el perito las razones por las cuales HALCROW aprueba dicho cambio, y (ii) la colocación de bandas de caucho en los lastres de concreto, sobre lo cual destaca que “no se encontró documento alguno en el que se solicita la autorización para utilizar este complemento, que finalmente si fue utilizado durante la ejecución de la obra”. Con base en esos antecedentes, concluye el dictamen pericial:

“Análisis al cambio de materiales

2. *Inicialmente, el interventor solicita al contratista que proporcione pruebas válidas para la aprobación de los cambios que está pidiendo, sin embargo, éste falla al solicitar antecedentes de obras exitosas al contratista y la experiencia certificada del ingeniero que avala los cambios. Esto se debe a que la hoja de vida o los antecedentes de una compañía no son considerados como pruebas suficientes para la realización de este tipo de cambios.*
3. *Para los cambios de especificaciones de materiales a utilizar, el interventor requiere verificar el comportamiento de éstos, mediante la elaboración de pruebas...*
4. *El uso de bandas de caucho es un buen aporte sin embargo para posicionarlas en el lastre se requiere de un pegamento especial, la marca y especificación técnica de éste pudo solicitarse al proveedor de las bandas. El interventor debió notar que se planeaba adherir las bandas de caucho con un tipo de pegante común, como es el Bóxer.*
5. *Por otro lado, en la tabla de cambio de concreto en la que EDT realiza una comparación del diseño aprobado, respecto a los que él propone. Es posible identificar que de tres lastres (A, B y C) se está proponiendo la fabricación de 2. Los lastres A y C presentan las mismas características, es decir existen 2 tipos de lastre: el primero (para los lastres A y C) y el segundo (para el lastre tipo B).”*

- k. En relación con las pruebas y ensayos de construcción, en el dictamen pericial se hace notar que si bien las mismas fueron aprobadas por HALCROW, específicamente la prueba de deslizamiento falló en repetidas ocasiones y, en términos generales, *“la interventoría dejó de exigir el 44,4% de las pruebas y que una de las realizadas fue aprobada sin que se cumpliera con el requerimiento de calidad con la intención de no prolongar el tiempo de la construcción”*. Igualmente, destaca el dictamen pericial la importancia central que tenían las pruebas de deslizamiento en la viabilidad técnica de modificación a los diseños y para la autorización de la maniobra de instalación del emisario:

La prueba de deslizamiento es fundamental para la autorización del traslado y montaje de los lastres del emisario submarino, si ésta no se aprueba, no es posible instalarlos, ya que no se realizarían bajo estándares de calidad.

- l. Insiste el perito en que a pesar de que la *“prueba de deslizamiento en repetidas ocasiones falló, el contratista genera una serie de condiciones que hacen que esta sea exitosa”*, tras lo cual concluye que la *“prueba no cumple con las especificaciones para ser aprobada, sin embargo la interventoría decidió dejar pasar este evento y permitir la instalación de los lastre tipo A del emisario (por consiguiente también los de tipo C)”*. En fin, para el perito, *“no se encontró el informe en el que se realice la prueba de deslizamiento a los lastres tipo B dando un resultado exitoso, sin embargo si se encuentra información sobre la instalación diaria de estos”*.
- m. Posteriormente, en la aclaración 8.1 el perito concluyó que *“ninguna de las pruebas de deslizamiento cumplió con las especificaciones técnicas del contrato de construcción y a su vez, con las necesidades técnicas para las que estaban establecidas”*. Es decir, que ratificó que las pruebas de deslizamiento llevaron a la conclusión de que el cambio en los diseños no resultaba satisfactorio frente a los requisitos exigidos en la obra.
- n. En el siguiente capítulo, el perito analiza la *“pertinencia e incidencia de los cambios”*.
- a) Para el efecto, en primer lugar, analiza los cambios en relación con los diseños de los lastres, sobre diversos puntos:

- La *“sustitución del acero de refuerzo por fibras de polietileno y polipropileno”*, el perito expresa que *“la justificación de la utilización de las fibras como reemplazo del acero no es suficiente”*, en la medida en que ella *“solo está soportada por cálculos teóricos de diseño sobre la resistencia a la flexión de vigas reforzadas con las fibras de PP/PE. Sin embargo, no se realizaron pruebas de laboratorio que avalen tales cálculos”*. La incidencia del cambio mencionado se concreta directamente en el rompimiento de los lastres, los cuales *“no soportaron las fuerzas de flexión bajo las que trabajaban, particularmente mostraron deficiencia en cuanto a la resistencia de las cargas proporcionadas por el tubo al momento de ser izado”*. Añade el perito que *“debido a una mala interpretación de las propiedades y*

comportamientos de la fibra de polipropileno se llevó a cabo un mal rediseño”, lo cual, a la postre, condujo a que se produjera el accidente.

- En relación con el *“cambio en las dimensiones y/o materiales de los compensadores”,* expresa el perito que dicho cambio *“era pertinente si el compensador utilizado en las pruebas de deslizamiento no se deformaba en más del 35% para evitar el deslizamiento del lastre (tal y como sucedió)”*. En cuanto a la incidencia, considera el perito que si se sobrepasaba el límite de deslizamiento mencionado, obtenido en la prueba, podía ocurrir el accidente que en efecto ocurrió.

- Sobre el *“cambio en el diseño de la mezcla de concreto”,* señala el perito que si bien dicho diseño correspondía a EDT, *“la mezcla de concreto propuesta por EDT cumple parcialmente con las especificaciones y propone incluir aditivos para compensar las que no cumple”,* lo que hacía que se debiera cumplir muy estrictamente el protocolo de preparación de la mezcla.

- En cuanto al *“cambio en las dimensiones y peso de los lastres”,* expresa el perito que *“bajo condicionamientos presupuestales, se hicieron dos formaletas, en consecuencia, solo se produjeron 2 de los 3 tipos de lastres propuestos inicialmente”* y que parece que se hizo un estudio sobre dichos cambios que no fue entregado por el contratista ni solicitado por el interventor, pero que en todo caso, *“no era pertinente hacer este cambio sin un estudio que sustentara su comportamiento y viabilidad”*. La incidencia de ese cambio fue la elaboración de los lastres en un menor tiempo al propuesto, pero que ello también pudiera afectar la funcionalidad de los mismos.

- Respecto de la *“adición de bandas de caucho”,* señala el perito que *“es pertinente porque aumenta la fuerza de fricción entre el tubo y el lastre”,* y que generó mejores resultados en las pruebas de deslizamiento, al tiempo que *“no aportó la fuerza de fricción suficiente para superar los resultados esperados”*.

- El *“cambio en el diseño de los dispositivos de sujeción de la tubería de flotación al emisario”* también fue objeto de análisis. Sobre su pertinencia, el perito expresó que dicho cambio *“no era pertinente en la medida en que se planteó sin un debido análisis de ingeniería sobre el efecto de este nuevo mecanismo de sujeción sobre el tubo del emisario, y además generaba serias dudas sobre el comportamiento estructural de los lastres”*. Sobre su incidencia, expresa el perito que de acuerdo con el análisis del accidente se evidencia que *“la pieza falló y por lo tanto al soltarse la tubería de flotación, no pudo cumplir con su función ayudando a mantener el emisario a flote”*.

b) Posteriormente, en el dictamen pericial se analiza el procedimiento de construcción que se llevó a cabo por parte de EDT. Para el efecto, el perito, además de describir sucintamente la

cronología de las obras ejecutadas por EDT, se destacan diversas irregularidades en los procedimientos constructivos ejecutados, en materias como la “*fabricación de fundidas adicionales de concreto*”, la “*aplicación del kurex*” y la “*omisión en la toma de probetas de falla por flexión*”. Es decir, que para el perito existieron severas fallas en el procedimiento constructivo seguido por el contratista, las cuales tuvieron una importante influencia en el resultado final.

- c) Más adelante, en este capítulo del dictamen se analiza el ensamblaje de lastres, sobre el cual se describen genéricamente los inconvenientes derivados de los deficientes procedimientos utilizados por el contratista para realizar dicho ensamblaje. Sobre esos inconvenientes, expresa el perito:

“Ante la cantidad de sucesos que evidenciaba la incapacidad del contratista para ejecutar las obras, incumpliendo con normas como las de seguridad y salud ocupacional, con los procedimientos que él mismo estipuló (como el caso de las bandas de caucho), y además con problemas financieros que impedían el normal desarrollo de las operaciones; se debió considerar la decisión de detener las obras, teniendo en cuenta que la continuidad del proyecto con tales inconformidades incrementaba los riesgos y dificultaba la obtención de un emisario con la calidad solicitada”.

Así mismo, el perito destaca que no resulta pertinente “*continuar con el ensamblaje sin haber superado la prueba de deslizamiento*”, realizar el “*ensamble de la tubería No. 7 sin practicarle la prueba de estanqueidad*”, permitir una “*excesiva deformación de los compensadores*” y llevar a cabo la “*perforación de los agujeros para los difusores*”.

- d) Finalmente, en este capítulo del dictamen se hace un análisis de la operación de traslado de la tubería, sobre la cual nuevamente el perito realiza diversas observaciones en relación con el procedimiento ejecutado por el contratista EDT y sobre el control realizado por HALCROW. Es así como se cuestiona el hecho de que se hubiera hecho el transporte de la tubería en un solo tramo y que se hubiera hecho el cambio de ruta a aguas profundas, así como la incapacidad de los remolcadores utilizados en la maniobra. En el mismo capítulo, se cuestiona la falta de presencia de la interventoría en las barcazas, sobre la cual expresa lo siguiente:

“Pertinencia

2. *Dentro de los términos del contrato se especifica claramente que la Interventoría debe estar presente en todos los procesos que tuvieran directa implicación con la fabricación de los elementos y el desarrollo satisfactorio de la obra, teniendo pleno conocimiento de las actividades a realizar.*

Incidencia

3. *Al no estar presente en las barcazas, la Interventoría no pudo tomar decisiones pertinentes al inicio de esta serie de irregularidades ni modificaciones que fueran notificadas con anterioridad. Cabe resaltar que el excusarse en que el contratista no suministró los medios para que se pudieran transportar, no es un argumento válido y no lo exime de responsabilidad.”*

- e) Igualmente, se cuestiona al contratista EDT y a la interventoría por “no prestar atención a las señales de alerta que mostraban lastres fuera de su lugar y giro de los mismos”, pues ello habría podido evitar un mayor daño; por la falta de una comunicación con la tripulación, pues los contratistas hablaban en inglés y hebreo, no en español, y por la falta de un recorrido previo de la ruta a realizar durante el transporte de la tubería.
- o. En el último capítulo del dictamen pericial, el señor perito hace una “evaluación y determinación de las causas posibles del incidente”. En relación con este punto, se expresa en el dictamen pericial lo siguiente:

La causa última del incidente en el que se hundió el emisario podría describirse básicamente como la entrada de agua a la tubería a través de un orificio... Con base en esta conclusión se pueden determinar dos posibles causas de la entrada de agua en este tramo:

1. Entrada de agua al tubo a través del agujero de uno de los difusores: En esta hipótesis se sugiere que uno de los lastres se deslizó, rompiendo una tapa de los difusores provocando la entrada de agua...

2. Entrada de agua a través de una nueva rotura presentada durante el traslado: Esta hipótesis sugiere que debido a las intensas corrientes que se presentaron durante el traslado, el tubo se sometió a esfuerzos que provocaron la rotura del mismo...

Como conclusión, el día del siniestro se tenía un conjunto de lastres que ante fuertes movimientos se deslizaban o se rompían ejerciendo sobre el tubo fuerzas no controladas que podían provocar su rotura, tal como ya había sucedido. Además sí los componentes del emisario en muchos casos no resistían condiciones normales de construcción, era poco probable que soportaran condiciones más adversas como las que se presentaron.

En cualquiera de las dos situaciones descritas anteriormente se ponen en evidencia omisiones y errores en etapas anteriores del proyecto que en conjunto desencadenaron los sucesos que dieron lugar al colapso de la tubería. Estas omisiones

y estos errores se pueden resumir de la siguiente manera:

- El contrato fue legalizado hasta marzo de 2009, para ese entonces ya se tenía la tubería construida y se habían iniciado varias labores. Los pernos estaban comprados y llegarían en el transcurso de la semana posterior a la fecha de esta minuta. Esto evidencia que se iniciaron labores antes de tener el PACC instituido. De acuerdo al contrato de obra no estaba permitido iniciar ningún tipo de labor sin antes tener aprobado el PACC.

- Desde la primera minuta de reunión se puede ver que existían dos calendarios, uno era el cronograma de 18 meses, presente en la propuesta, y otro que correspondía a un cronograma "acelerado de operaciones", en el que EDT planeaba finalizar la construcción del emisario submarino en diciembre de 2009, trabajando las 24 horas diarias; es decir que planeaban entregarlo 8 meses antes, iniciando el 20 de marzo de 2009 y finalizando el 19 de diciembre de 2009. Dicho cronograma tenía prevista la maniobra de traslado en otra época del año diferente a la que se realizó, de forma que se contara con condiciones climáticas propicias.

- También se evidencia una falta de manejo de los términos de referencia del contrato de obras. Previo a la ejecución de cualquier actividad, era necesario presentar un plan de acción.

. Al observar los resultados obtenidos en las pruebas de resistencia a la compresión, suministrados por el laboratorio C.H. Pereira, se observa claramente que el concreto mostraba resistencias mayores a las solicitadas en obra por lo que se descarta que estos puedan presentar fallas, sin embargo no se elaboraron las pertinentes pruebas de flexión.

- En el momento en que se decidió retirar el acero de refuerzo y sustituirlo por las fibras de polipropileno, el ensayo de resistencia a la flexión debió pasar a un plano principal, puesto que este brindaría la tranquilidad necesaria para avalar el diseño.

- Basados en los resultados de resistencia a la compresión suministrados por C.H. Pereira, teniendo en cuenta que no se realizaron pruebas de resistencia a la flexión y revisando el plano de falla mostrado por los lastres, se puede concluir que la principal causa para que los lastres se fracturaran y rompieran fue el retiro del acero de refuerzo.

- La adición de fibras en la mezcla de concreto tiene por principal objetivo reducir la aparición de fisuras y el fenómeno de capilaridad en el concreto, los cuales son perjudiciales para este tipo de estructuras debido a las condiciones a las que se encuentran expuestas.

- El argumento que presentó el contratista para cambiar el diseño de los lastres (EDTMC-P01_F04), es un estudio netamente teórico, cuyos resultados debieron ser avalados mediante ensayos de laboratorio, los cuales no fueron hechos.

- El argumento presentado por la Interventoría respecto a la autorización del cambio de diseño de los lastres, carece de fundamentos técnicos y experimentales, los cuales son pieza clave para ser autorizados.”(Páginas 117 a la 123 del dictamen del perito Daniel Flórez, febrero de 2013).

225. Por su parte, en el dictamen pericial elaborado por el Capitán Orlando Solórzano Martínez, al analizar la planeación de la maniobra en el mar, se expresa lo siguiente:

En una maniobra tan compleja, (remolque especial) no se calcularon los riesgos y se entró a ejecutar esta con un nivel de incertidumbre muy alto, demostrado a través de la improvisación de modificar la ruta de navegación en el momento de salir de la bahía de Cartagena y realizar el tránsito al Oeste del Banco Nokomis, arriesgando el único plan de contingencia que se tenía de realizar hundimiento controlado de la tubería a una profundidad adecuada para su rescate en caso de presentarse riesgo en la maniobra. No se evidencian procedimientos con asignación específica de funciones en cada uno de los remolcadores y su responsabilidad en un plan de contingencia, no se evidencia un plan de comunicaciones en concordancia con la magnitud de la maniobra, ni tampoco una señalización marítima adecuada que identificará la tubería durante las horas nocturnas.” (Folio 36, dictamen pericial del Capitán Orlando Solórzano, 5 de marzo de 2013).

Más adelante, el mismo perito concluye que la operación de remolque del tubo del emisario submarino no debió realizarse en la época del año en que se hizo. Además, expresa que la planeación de la maniobra no fue la adecuada, sino que responde a la improvisación por parte del contratista EDT, en la medida en que se omitieron los análisis de clima y de comportamiento del océano que son necesarios para llevar a cabo esta clase de maniobras.

226. De otra parte, el Tribunal desea hacer referencia a un documento que obra en el expediente y que considera muy importante para entender la realidad de los efectos del cambio en los diseños que fue aprobado por HALCROW mediante comunicación WWCART-LE-023 de 2 de septiembre de 2009, documento que fue allegado por las partes en este proceso arbitral, y fue analizado por el perito ingeniero Daniel Flórez. (00388, 003389 carpeta No. 6 de pruebas documentales; folio 710 carpeta No.13 pruebas documentales)

227. Es así como el ingeniero Leopoldo Pellón, en su informe denominado “comentarios sobre el accidente que tuvo lugar el 2 de diciembre de 2010 en el emisario submarino de Cartagena de Indias en Colombia”. (folios 1316 al 1323 del tomo IV del cuaderno principal).

En relación con dicho informe, el Tribunal destaca lo siguiente:

- El accidente es calificado como *“probablemente el de mayor importancia que ha tenido lugar con tubo de polietileno en la historia de construcción de emisarios submarinos en polietileno”*, y necesariamente tuvo que ser producido como consecuencia de *“una serie encadenada de fallos”* y no de *“fallo técnico aislado”*.

- La naturaleza del tubo y las especiales dificultades de la operación hacían que las mismas debieron contar *“con estudios que avalaran una operación que cualquier especialista en este tipo de obra no dudaría en calificar de extremadamente arriesgada”*.

- En la ocurrencia del accidente ocurrieron diversos errores, sobre los cuales expresa el ingeniero Pellón que *“sorprende la magnitud de los errores técnicos cometidos, algunos de ellos inexplicables para cualquier ingeniero con un mínimo de experiencia en este tipo de obras”*.

- Concretamente sobre los errores cometidos, el ingeniero califica como un *“pecado original”*, el hecho que se hubiera hecho la *“construcción de los lastres sin armadura”*. En efecto, sostiene el ingeniero Pellón que desde una perspectiva técnica es *“totalmente incomprensible que unas piezas de hormigón como las de los lastres de un emisario submarino que van a ser sometidas a una serie de esfuerzos de tracción no vayan armadas”*, de tal manera que si se pretendía eliminar las armaduras de acero, ello debió haber sido *“justificado con estudios muy serios porque habrían revolucionado la técnica de construcción del hormigón”*. Destaca el ingeniero que el diseño original de Hazen & Sawyer contemplaba las armaduras metálicas en los lastres y que los estudios posteriores ratificaron su pertinencia, pues en ellos *“se comprueba que sin armaduras los lastres no podían ser fijados al tubo de forma que se evitara su deslizamiento”*. Además, aduce el ingeniero que el cambio, por su importancia, debía estar avalado *“no solo por cálculos numéricos, sino por pruebas de laboratorio”*, las cuales hubieran revelado la deficiencia de la solución propuesta. Finalmente, para el ingeniero Pellón resulta inexplicable por qué no se suspendió la ejecución de la maniobra cuando los resultados parciales obtenidos con los nuevos diseños eran tan deficientes.

- En cuanto a las acciones que debieron tomarse una vez se produjo la ruptura de la tubería, el ingeniero Pellón expresó que existían diversas soluciones técnicas a la situación. Además, antes de realizar la maniobra en mar, debían tomarse diversas precauciones, pero lo cierto es que *“ninguna de las precauciones anteriores se tomó, por lo que nunca se debió salir al mar sin tener la absoluta seguridad de que era estanca”*. Concretamente sobre la actuación de HALCROW, expresa que *“es difícil entender que Halcrow, ante la importancia que podía tener una entrada de agua por ese punto autorizara la salida del tubería sin el informe de un buzo de confianza y una prueba de estanquidad”*.

- Así mismo, el ingeniero Pellón hizo referencia a las señales de alerta ignoradas. En efecto, para el ingeniero, antes de la realización de la maniobra, existían diversas señales de alerta sobre los riesgos que la misma suponía, los cuales fueron desconocidos: de una parte, *“que varios lastres giraron sobre el propio tubo lo que ya indicaba lo poco sujetos que estaban al tubo”* y, de otra, *“la observación del piloto práctico al afirmar que la tubería estaba virada, escordada”*. Ante esos hechos, a juicio del ingeniero, *“la operación de remolque debió suspenderse de inmediato”*.

- De la misma manera, en cuanto al *“proyecto de remolque”*, el ingeniero Pellón destaca diversos riesgos asociados al mismo relacionados con la longitud del tubo y las calidades del remolcador, los cuales requerían medios y cuidados excepcionales, por lo cual *“es sorprendente el nivel de riesgo que tanto EDT como Hallcrow estaban dispuestos a asumir”*. Sin embargo, para el citado ingeniero, dados esos riesgos y las condiciones en que se ejecutaría la maniobra, *“es difícil entender cómo un consulting en ingeniería como Hallcrow permitió estas operaciones sin los medios adecuados porque es difícil pensar que con estos medios la operación pudiera realizarse”*.

- En relación con la *“ausencia de zanja en el tramo en roca”*, para el ingeniero Pellón era evidente que la misma no se hizo aun cuando era absolutamente indispensable para realizar la maniobra, situación que se hubiera podido advertir fácilmente a partir de la ausencia de la maquinaria específica. Frente a esta omisión, concluye el ingeniero que *“EDT ya sabía que no había hecho la zanja pero Hallcrow estaba obligado a hacerla para poder autorizar el hundimiento de la tubería”*.

228. Como conclusión general del análisis, el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta expresó lo siguiente:

“Como comentamos al inicio de este escrito el accidente del 2 de diciembre tuvo que ser provocado por una serie concatenada de errores técnicos. Lo que ante un incidente de esta importancia era difícil de imaginar era que el contratista fallara en los aspectos más elementales y que la interventoría no ejerciera ningún tipo de control. La opinión del que redacta esta serie de comentarios es de que la tubería no hubiera llegado nunca a Punta Cana y si lo hubiera hecho no se hubiera podido fondear.” (Folio 1321 tomo IV del cuaderno principal).

229. Frente al documento elaborado por el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta, el Tribunal considera que si bien el mismo no constituye una prueba técnica como sí lo son los dictámenes periciales de Orlando Solórzano Martínez y Daniel Flórez, es un elemento que permite corroborar la validez de las conclusiones de los peritos, especialmente de las conclusiones de Daniel Flórez. En efecto, el documento analizado no es nada diferente a la opinión de un experto calificado que analizó el accidente del emisario submarino, pero el Tribunal ha querido hacer hincapié en el mismo, en tanto que, se insiste, permite corroborar las aseveraciones de

los peritos y dar mayor convicción al tribunal sobre la realidad de la conducta de las partes. Es por ello que el Tribunal lo tiene en cuenta en ejercicio de las reglas de la sana crítica.

Además, este informe viene ampliamente complementado por la declaración de su autor, Ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta, quien al rendir su declaración en este Tribunal respondió y explicó todas las inquietudes planteadas por las partes respecto al mismo, en todo caso ofreciendo mayor claridad a este Tribunal, el que insiste frente a lo dicho en párrafo anterior que hay perfecta coincidencia con lo manifestado por los peritos técnico y Naval.

230. Con base en las anteriores pruebas, el Tribunal llega a las siguientes conclusiones sobre los hechos que dieron lugar al alegado incumplimiento contractual de la parte Convocada:
- a. El procedimiento que se siguió para la aprobación de la modificación de los diseños se encuentra completamente alejado de las buenas prácticas de un interventor, lo cual supone un incumplimiento contractual de parte de HALCROW, como pasa a explicarlo el Tribunal.
 - b. En efecto, como pudo establecerse a partir del análisis de los documentos de la cronología y se corrobora con las conclusiones del perito Daniel Flórez, el interventor era perfectamente consciente de las deficiencias en los documentos y soportes presentados por parte de EDT en la solicitud de cambio de diseño. Lo anterior es tan cierto que HALCROW debió pedir en repetidas ocasiones a EDT que se formalizara la solicitud de cambio de diseño y que se entregaran los soportes necesarios para su estudio.
 - c. Pero, además, observa el Tribunal que esta conducta de EDT no era aislada, pues los informes de interventoría anteriores a la aprobación del cambio de diseños –y aún posteriores– constantemente ponían de presente que dicho constructor no conocía los documentos del contrato, no atendía las instrucciones del interventor y no cumplía con los compromisos adquiridos en las reuniones semanales. Es decir, que de acuerdo con el comportamiento que constantemente desarrolló EDT en la ejecución del contrato, para HALCROW tendría que ser claro que debía ser especialmente estricto con la verificación de los documentos de EDT, por lo cual no es comprensible para el Tribunal la laxitud con la que obró HALCROW en la aprobación del cambio de diseños.
 - d. Pero, además, no entiende el Tribunal que HALCROW haya aprobado el cambio de los diseños cuando las pruebas y ensayos correspondientes habían fallado y demostraban que la nueva solución propuesta no resultaba suficientemente confiable. En este sentido, no puede perderse de vista que el perito Daniel Flórez entendió que los diseños iniciales elaborados por Hazen & Sawyer resultaban suficientes y adecuados para la construcción del emisario submarino, lo cual hacía que la aprobación de un cambio en los diseños debía estar precedida de una seguridad absoluta que el nuevo diseño ofrecía ventajas claras respecto del diseño de Hazen & Sawyer.

Además, para el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta era claro que el diseño de Hazen & Sawyer cumplía con los requisitos técnicos propios de estas obras, de tal manera que cambiar los criterios técnicos, especialmente eliminar la armadura metálica de los lastres, requería unas evaluaciones y pruebas de laboratorio muy rigurosas, pues implicaría una verdadera revolución en la industria.

- e. No obstante, como se evidencia en lo expresado en el oficio WWCART-LE-023 de 2 de septiembre de 2009, la aprobación del cambio en el diseño obedeció a consideraciones de HALCROW relacionadas con las demoras en la ejecución de la obra, esto es, en la necesidad de dar agilidad a la ejecución de la obra. Además, en la misma comunicación HALCROW reconoce que las pruebas que se han llevado a cabo no resultaban suficientemente satisfactorias, a pesar de lo cual procedió a aprobar los diseños.
- f. Es así como para la aprobación de la utilización de fibras de polipropileno y polietileno en reemplazo de acero convencional para el refuerzo de lastres, ello se justificó en *“la falta de capacidad de EDT para aportar la totalidad de los antecedentes requeridos y solo con la finalidad de que EDT inicie las obras o faenas de hormigón”*. De la misma manera, en relación con los cambios en los diseños de las mezclas de concreto, HALCROW los aprobó bajo la premisa de que debía realizar un muestro y unas pruebas de laboratorio adicionales, lo cual revela que no existía certeza suficiente de la idoneidad de dichos diseños y de que los mismos eran una mejor alternativa que los realizados en su momento por Hazen & Sawyer, lo cual es contrario a los deberes de un experto como HALCROW, como bien lo destacan el perito Daniel Flórez y el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta.
- g. En relación con las pruebas de deslizamiento, el Tribunal encontró evidenciado que a pesar de que las mismas eran fundamentales para la autorización de la realización de la maniobra, HALCROW hizo caso omiso a tal situación, pues además de que no se realizaron todas las pruebas requeridas, las efectivamente ejecutadas no generaron los resultados satisfactorios necesarios para determinar que la maniobra podía hacerse en condiciones de seguridad y con la certeza de que la misma sería exitosa. De esta manera, no resultaba lógico ni técnicamente adecuado autorizar los cambios de los diseños ni la maniobra misma por parte del interventor HALCROW, pues lo cierto es que las pruebas de deslizamiento denotaban que la instalación del emisario podría presentar problemas, como en efecto ocurrió.

231. En ese orden de ideas, el Tribunal concluye que la conducta de HALCROW se aleja completamente de lo que se podría esperar de un profesional de su nivel. Al respecto, no puede olvidarse que, de acuerdo con el numeral 2.2 del Apéndice A del Contrato y en el numeral 2.2 de la Sección 5 de los términos de referencia, una de las obligaciones a cargo de HALCROW era la de *“asegurar la calidad de las obras, iniciando su intervención desde la revisión y aprobación de los diseños”*. A juicio del Tribunal, esta obligación contractual fue claramente incumplida por HALCROW con la aprobación

irregular de los nuevos diseños presentados por EDT y con la autorización de la maniobra a pesar de que las pruebas de deslizamiento de los lastres habían fracasado.

232. El Tribunal comparte y hace suyo lo expresado por el perito Daniel Flórez en cuanto a que, bajo las condiciones en que se hizo, la aprobación del cambio de diseño no podía darse, especialmente por la ausencia de certeza de la fiabilidad definitiva del nuevo diseño propuesto, más aún, cuando de acuerdo con el numeral 3.1 de las Condiciones Generales de Contratación, era obligación del contratista prestar sus servicios “*de acuerdo con las técnicas y prácticas profesionales generalmente aceptadas*”. Igualmente, comparte el Tribunal la conclusión del citado perito sobre las omisiones de HALCROW en la aceptación de las pruebas de deslizamiento de los lastres, cuyas fallas también hacían previsible que la maniobra de instalación no tendría éxito. Así las cosas, en concordancia con lo expresado por el perito Daniel Flórez, para el Tribunal es claro que HALCROW no empleó las mejores prácticas profesionales, como era su deber contractual y profesional, pues, de una parte, permitió que se ejecutaran unos diseños sin que existieran los elementos suficientes para determinar que los mismos no resultaban suficientemente seguros para el cumplimiento del objetivo final del contrato, esto es, para la culminación de la obra sin contratiempos y, de otra, no verificó adecuadamente que las pruebas de deslizamiento de los lastres fueran exitosas, lo cual supone un incumplimiento contractual de su parte.

233. Frente a las anteriores omisiones de sus deberes contractuales por parte de HALCROW, el Tribunal también destaca que, de acuerdo con lo concluido atrás, dicho contratista debe ser juzgado a la luz de la responsabilidad del profesional. Al respecto, recuerda el Tribunal que una de las obligaciones implícitas a su carácter de profesional es la *obligación de seguridad*, que traduce en un especial deber diligencia y prudencia en la ejecución de sus prestaciones. Sobre esta obligación de seguridad, explica la doctrina lo siguiente:

*Después de la lealtad y la eficiencia, he aquí el tercer término –pero no por ello el menos importante– de la trilogía de obligaciones especiales que se derivan expresa o implícitamente de un contrato concluido por un profesional: **la seguridad**. A decir verdad, ella podría estar ligada a la eficiencia, porque ésta se entiende incluida en el respeto de la seguridad del cocontratante. A priori la invención de la obligación de seguridad podría parecer satisfactoria, en la medida en que pone acento sobre el primat del hombre, quien, en una civilización humanista, está en el centro del Derecho. La obligación de seguridad tiene una virtud pedagógica y profiláctica cierta: su sola existencia incita a los profesionales a redoblar su prudencia. La obligación de seguridad se justifica por la desigualdad que, a menudo, reina entre el profesional, “amo de su técnica”, y un profano, en todos los dominios, cuando el contrato, por su propia naturaleza expone al cliente a un cierto riesgo³⁶⁹.*

³⁶⁹PHILIPPE LE TORNEAU. *La responsabilidad civil profesional*, cit., pp. 155 y 156.

234. Dentro del contexto de esa obligación de seguridad y como expresión de su responsabilidad como profesional deben ser analizadas las obligaciones contractuales de HALCROW. En ese orden de ideas, destaca el Tribunal que dentro los deberes contractuales del interventor se encuentran “asegurar la calidad de las obras, iniciando su intervención desde la revisión y aprobación de los diseños” y de “efectuar un estricto control de calidad de los materiales empleados por el contratista, a partir de las especificaciones técnicas dadas” (numeral 2.2 del Apéndice A del Contrato y en el numeral 2.2 de la Sección 5 de los términos de referencia), los cuales imponían como deber de HALCROW ser especialmente cuidadoso en la revisión de los diseños propuestos por EDT y aprobarlos única y exclusivamente si representaban una mejor alternativa que los elaborados por Hazen & Sawyer, así como el de autorizar la maniobra solo cuando las pruebas de deslizamiento de los lastres fueran exitosas.
235. De esta manera, para el Tribunal la aprobación de los diseños con información insuficiente y con pruebas de laboratorio pendientes y no exitosas, constituye un claro incumplimiento de sus obligaciones contractuales, especialmente si las mismas se interpretan de cara a la responsabilidad que como profesional le asiste a HALCROW. Es que no debe olvidarse que el profesional “*ha de tener la capacidad de dominar los riesgos de las cosas que maneja y de evitar o precaver los daños que su actividad usualmente conlleva*”³⁷⁰.
236. El Tribunal comprende que HALCROW pudo haber obrado con buena fe subjetiva, creyendo que su conducta de ayudar al contratista EDT para impulsar el buen desarrollo del contrato era lo correcto. Sin embargo, recuerda el Tribunal también que la jurisprudencia administrativa tiene bien entendido que el comportamiento contractual debe obedecer a consideraciones de buena fe objetiva, esto es, del cumplimiento estricto del clausulado contractual y de los deberes propios del contratista, así:

“El artículo 871 del Código de Comercio, con redacción similar al artículo 1603 del Código Civil, ordena que los contratos deberán ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan a lo que en ellos se pacte y a todo lo que corresponda a su naturaleza.

Estos preceptos, a no dudarlo, consagran la buena fe objetiva que consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia.

Por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho, esto es la buena fe subjetiva, sino, se repite, el

³⁷⁰PHILIPPE LE TOURNEAUetLOÏC CADIET. *Droit de la responsabilité*, cit., p. 457.

comportamiento que propende por la pronta y plena ejecución del acuerdo contractual.

En consecuencia, si una parte, por ejemplo, pretende privilegiar su interés en detrimento de los intereses de la otra y alejándose de lo que en esencia se ha convenido, este comportamiento contradice ese deber de buena fe objetiva que debe imperar en las relaciones negociales”³⁷¹.

237. En ese orden de ideas, si bien el Tribunal reconoce que de acuerdo con el numeral 2.2 del Apéndice A del Contrato y en el numeral 2.2 de la Sección 5 de los términos de referencia, una de las obligaciones a cargo de HALCROW era la de *“asegurar el cumplimiento de las metas contractuales logrando que se desarrollen los contratos, dentro de los presupuestos de tiempo e inversión previstos originalmente”*, no es menos cierto que por el cumplimiento de esas metas temporales y económicas no podía HALCROW sacrificar la calidad de la obra y, mucho menos, poner en peligro el objeto contractual pactado.
238. Por lo anterior, para el Tribunal resulta absolutamente inaceptable que HALCROW, en el oficio WWCART-LE-023 de 2 de septiembre de 2009, haya afirmado que *“la responsabilidad que significan estas modificaciones y las eventuales consecuencias durante la construcción y operación del emisario dentro su vida útil es única y exclusiva de EDT”*, cuando lo cierto es que la aprobación de los diseños compromete también a quien los aprueba. Es que para el Tribunal es claro que el acto de aprobación de los diseños no es un acto puramente formal sino que es un acto que trasciende, como lo han reconocido los laudos arbitrales³⁷², mucho menos en el caso en que lo haga el interventor, que es un profesional experto, y respecto de un diseño entregado por la entidad y que puede ser calificado como idóneo para la ejecución del contrato, como lo era el diseño de Hazen & Sawyer.
239. De otra parte, concluye el Tribunal que el cambio en el diseño de los lastres, además de ser irregular y violatorio de la ley contractual en los términos expuestos, no es una situación intrascendente, pues lo cierto es que, según lo expresado por el perito Daniel Flórez, *“se puede concluir que la principal causa para que los lastres se fracturaran y rompieran fue el retiro del acero de refuerzo”*, conclusión que ratifica el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta y que califica como *“el pecado original”* que produjo el incidente. Al respecto, debe recordarse que el retiro del acero de refuerzo fue consecuencia de lo aprobado en el cambio de diseños en el cual se aceptó la sustitución del acero de refuerzo por fibra de polipropileno y polietileno.
240. Es decir, que una de las principales causas para la ocurrencia del accidente que dio lugar a la controversia que resuelve este Tribunal de Arbitramento, tiene origen en el cambio de los diseños, el cual fue aprobado por HALCROW violando sus deberes como profesional y sus obligaciones

³⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de junio de 2011, expediente 18.836.

³⁷² Cfr. Tribunal de Arbitramento de Concesionaria Vial de los Andes – Coviandes S.A. contra Instituto Nacional de Vías. Laudo arbitral de 29 de julio de 2004.

contractuales. Así, no cabe duda de la existencia de una relación de causalidad entre el cambio irregular en los diseños del contrato y el accidente finalmente ocurrido.

241. Para el Tribunal, también existe un incumplimiento contractual por parte de HALCROW en la forma en que llevó a cabo la vigilancia en la ejecución de la obra. Para el efecto, recuerda el Tribunal que la principal obligación de HALCROW, de acuerdo con lo estipulado en el numeral 1.0 de esa Sección 5 de los términos de referencia, era la siguiente:

“Acuacar piensa contratar a una firma consultora para realizar la interventoría técnica, administrativa y ambiental para la supervisión del proyecto. Los servicios incluirán la inspección y actividades de supervisión técnica, administrativa y ambiental relacionadas con la construcción del emisario y proveer asistencia técnica a Acuacar que sea requerida en la administración del contrato de construcción.

Una de las tareas fundamentales en el contrato de construcción es asegurar que el Contratista desarrolle un Programa de Aseguramiento de la Calidad (PAC) completo y efectivo para cumplir con los compromisos contractuales en la construcción del emisario submarino...”

242. De acuerdo con la anterior estipulación contractual, una de las obligaciones a cargo de HALCROW, quizás la principal, era precisamente la de verificar que EDT ejecutara las obras en cumplimiento estricto de lo previsto en el contrato de obra pública, lo cual incluía, por supuesto, la verificación de la elaboración y respeto del plan de aseguramiento de la calidad.
243. No obstante, como pudo establecerse con el análisis del dictamen pericial técnico elaborado por el ingeniero Daniel Flórez, la conducta de HALCROW fue permisiva ante el reiterado incumplimiento por parte de EDT, incluso en diversas ocasiones dicha conducta no fue simplemente permisiva sino que existió una omisión absoluta en la vigilancia y control de la correcta ejecución del contrato por parte del contratista EDT, conclusión que también es ratificada por el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta.
244. Es así como encuentra probado el Tribunal que HALCROW, (a) no verificó correctamente el Plan de Aseguramiento de Calidad elaborado por EDT y, por el contrario, permitió y avaló la ejecución del contrato con un Plan que no comprendía todos los puntos exigidos por el contrato de obra pública celebrado entre ACUACAR y EDT; (b) no verificó correctamente que se obtuvieran resultados positivos en las pruebas de laboratorio requeridas para tener certeza de que las maniobras serían exitosas ni exigió y dejó de exigir un importante número de pruebas de laboratorio, por el contrario, permitió que el contratista EDT continuara ejecutando las obras a pesar de los deficientes resultados de laboratorio obtenidos, lo cual permite entender al Tribunal que HALCROW era consciente de la deficiente calidad de los trabajos ejecutados por EDT; (c) no evitó que se ejecutaran las actividades que no estaban enteramente descritas en el Plan de Aseguramiento de Calidad elaborado por EDT, sino que permitió

que se llevaran a cabo a pesar de que no se contaba un referente contractual contra el cual contrastarlas; (d) no evitó que EDT utilizara las bandas de caucho en los lastres de concreto, procedimiento que nunca fue autorizado por HALCROW ni por ACUACAR, pero que finalmente fue utilizado por EDT en la construcción del emisario submarino; (e) no evitó que EDT utilizara procedimientos constructivos irregulares en materias como la *“fabricación de fundidas adicionales de concreto”*, la *“aplicación del kurex”* y la *“omisión en la toma de probetas de falla por flexión”*; y (f) no evitó que se ejecutara una maniobra en una fecha en que las condiciones climatológicas no lo permitían y con unas condiciones técnicas desfavorables, sin una debida planeación y con unas decisiones improvisadas durante su ejecución.

245. Las anteriores omisiones por parte de HALCROW revelan que el contrato de interventoría no se ejecutó conforme a lo pactado en el mismo, en la medida en que el contratista interventor no evitó que las obras se ejecutaran con violación del contrato de obra pública y con desconocimiento de los criterios técnicos básicos para una obra de la envergadura de la que era objeto de supervisión y vigilancia.
246. Frente a las anteriores omisiones, el Tribunal quiere destacar, concretamente, la relacionada con las pruebas de deslizamiento de los lastres, pues desde un punto de vista técnico es claro, como lo expresó el perito Daniel Flórez, que esa prueba *“es fundamental para la autorización del traslado y montaje de los lastres del emisario submarino, si ésta no se aprueba, no es posible instalarlos, ya que no se realizarían bajo estándares de calidad”*. Bajo esa perspectiva, el Tribunal encontró probado que las pruebas de deslizamiento no se ejecutaron en su integridad y sus resultados no fueron satisfactorios, por lo cual no resultaba técnicamente aceptable que HALCROW autorizara la maniobra o, al menos, debía dejar constancia de que técnicamente no resultaba correcto hacerlo. No obstante, lo cierto es que la maniobra se ejecutó con su pleno conocimiento, lo cual evidencia claramente un incumplimiento de las obligaciones de supervisión y vigilancia de la ejecución contractual por parte del interventor HALCROW.
247. Ahora bien, sobre la relación de causalidad que existe entre esos incumplimientos y el accidente ocurrido el 2 de diciembre de 2010, para el Tribunal ella resulta evidente. En efecto, si HALCROW no hubiera incurrido en esas omisiones y hubiera suspendido la ejecución de los trabajos hasta tanto EDT no ajustara su conducta a lo pactado contractualmente, el colapso no se hubiera producido.
248. El cuestionamiento a la conducta contractual de HALCROW en cuanto a sus diversas omisiones radica, en palabras del perito Daniel Flórez, que el Tribunal hace suyas, en que *“Ante la cantidad de sucesos que evidenciaba la incapacidad del contratista para ejecutar las obras, incumpliendo con normas como las de seguridad y salud ocupacional, con los procedimientos que él mismo estipuló (como el caso de las bandas de caucho), y además con problemas financieros que impedían el normal desarrollo de las operaciones; se debió considerar la decisión de detener las obras, teniendo en cuenta que la continuidad del proyecto con tales inconformidades incrementaba los riesgos y dificultaba la obtención de un emisario con la calidad solicitada”*. Igualmente, el ingeniero Leopoldo Pellón Arrieta

manifestó en diversas oportunidades en su documento, que HALCROW no debió haber autorizado la realización de la maniobra, pues lo cierto es que no se hicieron las pruebas suficientes, existían unos riesgos muy grandes que no estaban debidamente mitigados y, en fin, no estaban dadas las condiciones técnicas para hacer la maniobra.

249. De esta manera, no se trata de cuestionar la conducta contractual de EDT, pues ese no es el objeto del presente proceso arbitral, sino de calificar la conducta de HALCROW. Sobre dicha conducta, considera el Tribunal que la misma merece un reproche no solo por ser contraria a los deberes contractuales y legales del interventor, sino especialmente porque dichas omisiones impidieron suspender los trabajos a tiempo y, a la postre, impidieron que ACUACAR, en representación del Distrito de Cartagena, hubiera ordenado suspender la maniobra, lo cual hubiera impedido el accidente que motiva el presente proceso arbitral.
250. En ese sentido, no debe olvidarse lo explicado antes por el Tribunal en el sentido de que de acuerdo con el artículo 53 de la Ley 80 de 1993, los interventores son responsables (i) por los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones directamente resultantes del contrato de interventoría, y (ii) por los perjuicios derivados de la celebración y ejecución de los contratos objeto de vigilancia por parte del interventor que sean el resultado de acciones u omisiones del propio interventor.
251. Así las cosas, como se expresó atrás, el juicio de responsabilidad que corresponde hacer al Tribunal no se limita a analizar el cumplimiento contractual de HALCROW y los daños que este pueda generar, sino que también se extiende al estudio de los perjuicios que sus omisiones hubieran podido generar en la ejecución del contrato de obra celebrado entre el Distrito de Cartagena y EDT que era objeto de vigilancia.
252. Por lo anterior, el Tribunal concluye que el tantas veces mencionado accidente ocurrido el 2 de diciembre de 2010 tiene origen tanto en la conducta contractual de EDT –que no es objeto de juzgamiento por parte de este Tribunal– como en las omisiones e incumplimientos de HALCROW, por lo cual debe entenderse que existe responsabilidad contractual por parte del citado interventor.

IX. El daño y los perjuicios que pretende reclamar la convocante.

253. Tal y como se expuso en el acápite de los elementos de la responsabilidad contractual, es importante para este Tribunal hacer referencia en este punto sobre los daños y perjuicios que invoca el convocante en su demanda. Sin embargo, es necesario hacer referencia, previamente, a los conceptos de daños y perjuicios según la doctrina y la jurisprudencia, para precisar su aplicabilidad a la reclamación del Distrito de Cartagena contra Halcrow.

254. Como se dijo en otro aparte de este laudo, Halcrow, en su condición de interventor incurrió en hechos y omisiones que comprometen su responsabilidad contractual por el hundimiento del Emisario Submarino.

Según Juan Carlos Henao el daño civil indemnizable *“es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial. Este daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”*³⁷³.

255. La destrucción o deterioro material de una cosa, o de una situación, constituye daño en sentido físico, más no jurídico, Para que pueda hablarse de un daño en sentido jurídico civil, se requiere que esa cosa o situación estén protegidas por el orden jurídico, es decir, que sean bienes jurídicamente protegidos.

256. Sobre el mismo punto, Adriano de Cupis considera que *“el daño antijurídico lo constituye la lesión del interés ajeno”*³⁷⁴.

257. Para Arturo Alessandri *“El daño, en “su sentido natural y obvio”, es un hecho, consistente en “el detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia causado a alguien”, “...en su persona, bienes, libertad, honor, afectos, creencias, etc...” y “...supone la destrucción o disminución de ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo.”*³⁷⁵

258. En ese orden de ideas, y bajo la premisa legal de que el daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima, es importante para este Tribunal hacer referencia entre la distinción entre daño y perjuicio, pues de tal distinción se podrá establecer si las conductas activas y omisivas de Halcrow en los hechos que originan esta controversia, son reconocidos por los conceptos doctrinales como el acaecimiento de un perjuicio.

259. Bajo ese contexto tenemos que para el primer autor citado el tema planteado en el párrafo anterior, es entendido como que *“el daño es la simple destrucción o deterioro de un objeto. Sería perjuicio la disminución patrimonial que sufre una persona como consecuencia de ese daño”*³⁷⁶.

260. Bajo estos lineamientos doctrinales, el Tribunal considera que la simple destrucción o deterioro de una cosa no constituye un perjuicio a la luz de la responsabilidad civil, pues sólo en la medida en que dichas destrucción o

³⁷³ Henao, Juan Carlos. El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en Derecho Colombiano y francés. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 327.

³⁷⁴ Adriano de Cupis, ob. cit., p. 12.

³⁷⁵ Arturo Alessandri Rodríguez. De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil. Imprenta Universal, página 210, citado por Consejo de Estado Sentencia, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P.: Alíer Eduardo Hernández Enríquez, Bogotá, D.C., 3 de febrero de 2000, Rad.: 14787.

³⁷⁶ Ibidem, Pág. 76

deterioro tengan repercusión en los derechos o facultades de su propietario o su titular, cabe hablar de la existencia de un perjuicio indemnizable.

261. Así, el Doctor Juan Carlos Henao al citar a los hermanos Mazeaud señaló que en el derecho romano:

*“[t]rataron íntimamente de sustituir la noción de damnum, por la de perjuicio: comprendieron que lo importante no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (damnum), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple damnum que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación”.*³⁷⁷

262. La Corte Suprema de Justicia compartió la misma tesis de la diferencia entre daño y perjuicio al señalar que:

*“el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu, o en su patrimonio”, mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”.*³⁷⁸

263. El Consejo de Estado en sentencia 5 de Julio de 2012 señaló que *“(...) habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar por que la normativa no le impone esa carga. (...)”*³⁷⁹

264. En reciente jurisprudencia el Consejo de Estado de 13 de junio de 2013, esta corporación señala sobre el particular que:

*“El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”; o la “lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa”(...*³⁸⁰

³⁷⁷ Ibidem.

³⁷⁸ Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 13 de diciembre de 1943, M.P.: Cardozo Gaitán. Citado en Henao, Juan Carlos. El daño, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en Derecho Colombiano y francés. Editorial Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, Pág. 77

³⁷⁹ **Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subseccion C, Cp.: Enrique Gil Botero, Bogotá D.C., 5 De Julio De 2012, Rad.: 05001-23-24-000-1996-00329 01(21928).**

³⁸⁰ LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas,

265. Ahora bien, una vez establecida la diferencia existente, desde el punto de vista jurídico, entre el daño y el perjuicio, es menester afirmar que para este Tribunal con respecto a su alcance legal en la solución de la controversia sometida a su conocimiento, como se explicó en acápite anterior de este laudo, en el caso en concreto y según el análisis de los hechos expuestos por las partes, de las pruebas allegadas al proceso y de los dictámenes periciales rendidos en oportunidad, ese daño del que venimos haciendo referencia en los párrafos anteriores, se traduce en el hecho mismo del hundimiento del Emisario Submarino, pues esa era la obra contratada por el Distrito de Cartagena, a través de Acuacar, con el Consorcio EDT y cuya interventoría había sido encomendada a Halcrow en virtud del Contrato CONSUL-02-BM-2008. El Emisario Submarino formaba parte del Plan Maestro de Acueducto, Alcantarillado y de manejo ambiental de las aguas residuales del Distrito y constituía un elemento fundamental para el tratamiento y disposición de las aguas negras producidas por la ciudad. Por lo tanto, el hecho mismo de que el Emisario Submarino se hundiera privaba al Distrito del uso de una obra que había programado poner al servicio de la comunidad, con importantes beneficios en materia ambiental y de bienestar para su población.

X. Los perjuicios reclamados por la parte convocante y su carácter de perjuicios indemnizables

266. Ahora bien, configurado este daño, el perjuicio derivado del hundimiento del Emisario Submarino está constituido por las consecuencias económicas que este hecho ha causado al Distrito de Cartagena. Estas consecuencias económicas, de acuerdo con las pretensiones de la demanda, estarían integradas por los siguientes rubros:

- Las sumas pagadas al contratista de la obra, es decir, el Consorcio EDT, que cuantifica en COP\$43.153'287.303, o lo que resultare probado en el proceso.
- Las sumas pagadas al interventor de la obra, es decir, a Halcrow, en cuantía que manifiesta está integrada por una partida de US \$762.482, más COP\$178'782.712), o lo que resultare probado en el proceso.
- Las sumas pagadas por concepto de labores de salvamento de la tubería después del hundimiento del Emisario Submarino, que estima en COP\$4.238'282.598, o lo que resultare probado en el proceso.
- Las sumas correspondientes al mayor valor de la obra de construcción del Emisario Submarino, conforme resultare probado en el proceso.

2011, p.329., citado en Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 13 de Junio de 2013, M.P. Jaime Orlando Santofimio, Expediente. 20771.

- Adicionalmente, la convocante pide le sean reconocidas indexación e intereses moratorios, más las costas del proceso arbitral

267. En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, el Doctor Javier Tamayo Jaramillo³⁸¹ considera frente al particular que:

“... este debe ser cierto, y la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propiedad o no fuera su propia integridad la que ve vio lesionada, finalmente, el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener la reparación”.

268. El Consejo de Estado por su parte en sentencia 21 de Febrero de 2002, señaló que:

“El acreedor insatisfecho está legitimado para demandar judicialmente la indemnización por el incumplimiento del deudor, cuando tal incumplimiento le irroge daño y pueda probarlo. El deudor por su parte, está obligado a indemnizar los perjuicios reclamados de acuerdo a la naturaleza de los mismos y la vinculación causal de su incumplimiento con el daño experimentado por el acreedor. Ese daño debe ser cierto y su existencia establecerse plenamente en el respectivo proceso. En otras palabras, los perjuicios que alega el acreedor y que reclama del deudor deben estar revestidos de plena certeza”.

*“Algunos dicen que, además de las características anteriores, el perjuicio debe ser directo y actual. Se embargó en sentido estricto, estas notas no hacen parte esencial del daño. **En efecto cuando decimos que el perjuicio debe ser directo, no estamos hablando más que del nexo causal. Ahora si el nexo causal no existe, es decir si el daño no es directo, para efectos de la responsabilidad civil que se estudia simplemente en un caso en concreto, el daño es inexistente**”³⁸² (Subraya y negrilla fuera del texto).*

269. Así las cosas, puede este Tribunal entonces afirmar de los apartes transcritos de la doctrina en referencia que, las características del daño deben ser: (i) que sea cierto, (ii) que sea personal, es decir, que haya sido sufrido por la persona que reclama su indemnización y, (iii) que existe un nexo causal entre el daño y perjuicio, es decir, que el daño deberá ser directo, para efectos de imputar responsabilidad civil contractual a quien en su actuar causó un perjuicio.

³⁸¹ Op. cit. Tamayo Jaramillo, Javier. Pág. 336.

³⁸² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP.: Ricardo Hoyos Duque, Bogotá, D.C., 21 de febrero de 2002, Rad.: 25000-23-26-000-1993-8674-01(14112)

270. En el entendido anterior, este Tribunal procederá a realizar un análisis de cada uno de los elementos enunciados anteriormente, a efectos de conceptuar estos y equipararlos con el actuar de Halcrow en la ejecución del contrato CONSUL-02-BM-2008.
271. El daño reparable debe ser cierto. Establece Javier Tamayo Jaramillo, en la mencionada obra *“Tratado de Responsabilidad Civil”*³⁸³ que el daño indemnizable debe ser cierto, y en principio, salvo contadas excepciones, corresponde al demandante probarlo. Si no existe esa certidumbre, no habrá lugar a condenar al autor de la acción lesiva.
272. Para el caso de la referencia, este Tribunal considera que el hundimiento mismo del Emisario Submarino, hecho probado y reconocido por ambas partes, constituye la mejor evidencia de la certeza del daño sufrido por el Distrito de Cartagena
273. Como se dijo anteriormente, dicha obra formaba parte del Plan Maestro de Acueducto, Alcantarillado y de manejo ambiental de las aguas residuales del Distrito y constituía un elemento fundamental para el tratamiento y disposición de las aguas negras producidas por la ciudad.
274. Ahora bien, el hecho del hundimiento del Emisario Submarino tuvo consecuencias económicas desfavorables para el Distrito de Cartagena, de las cuales se ha ocupado el dictamen pericial financiero, cuyo estudio corresponde a otro aparte de este laudo.
275. El perjuicio debe ser personal. Tradicionalmente la doctrina y la jurisprudencia Colombianas se refieren a que el perjuicio debe ser personal para que haya lugar a indemnización. Sin embargo, una acción dañina que en principio solo lesiona en forma inmediata un bien patrimonial o extrapatrimonial de la víctima directa, puede afectar otros bienes patrimoniales o extrapatrimoniales, ya sea de la víctima o de terceras personas, lo que no impide que desde el punto de vista de la causalidad, todos ellos se consideren como perjuicios directos y personales³⁸⁴.
276. Bajo esa línea interpretativa propuesta por Javier Tamayo Jaramillo en la citada obra *“Tratado de Responsabilidad Civil”*, el código civil colombiano establece en su artículo 2342 respecto a los daños que:

“Puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso. Puede también pedirla en otros casos, el que tiene la cosa con obligación de responder de ella, pero solo en ausencia del dueño”.

³⁸³ Página 356

³⁸⁴ Página 425

277. Los perjuicios derivados del hundimiento del Emisario Submarino fueron objeto de valoración económica en el dictamen pericial financiero, sus aclaraciones y complementaciones, cuyo análisis corresponde a otro aparte de este laudo.
278. No obstante, desde el punto de vista jurídico es preciso analizar si dichos perjuicios fueron realmente sufridos por el Distrito de Cartagena, o por otra persona que no sea parte de este trámite arbitral. En particular, el Tribunal abordará más adelante el estudio y análisis del denominado “ACUERDO DE ARREGLO DIRECTO DE RECLAMACIÓN DEL DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS CON OCASIÓN DEL INCIDENTE DEL EMISARIO SUBMARINO”, de fecha diecisiete (17) de febrero de dos mil once (2011), y sus consecuencias respecto del carácter personal de los perjuicios que reclama el Distrito de Cartagena en este trámite arbitral.
279. Valga decir, por ahora, que si bien al decidir sobre su competencia este Tribunal consideró que existía suficiente legitimación del Distrito de Cartagena para ser parte de este proceso arbitral, por considerar que existió un mandato representativo entre el Distrito y Acuar, ello no lo exime ahora de estudiar el contenido del citado acuerdo, con el fin de indagar si el mismo tiene alguna incidencia en la determinación de los perjuicios indemnizables al Distrito.
280. El nexo causal entre el daño causado y el perjuicio. Este tercer requisito para que un perjuicio sea indemnizable alude a que el perjuicio debe ser una consecuencia directa del daño, es decir, que debe existir un nexo de causalidad directa entre el daño y el perjuicio. En otras palabras, las consecuencias económicas desfavorables que se reclamen deben ser atribuibles al hecho dañino. En el presente caso, lo que se reclama en la demanda es el valor de la obra de Emisario Submarino, que se perdió casi en su totalidad tras su hundimiento; además, se pide indemnización por el valor de las labores de rescate de los tubos que integraban el Emisario y que quedaron a la deriva; de otra parte, se pide indemnizar el mayor valor en que se incurrió para la reconstrucción y la instalación del Emisario Submarino; y se pide la indexación de estas sumas, los intereses moratorios y las costas procesales.
281. El Consejo de Estado en sentencia 3 de Mayo de 2007, al respecto señaló que *“son supuestos de la responsabilidad del Estado el daño que consiste en la lesión o menoscabo del derecho o situación de la cual es titular un sujeto de derecho y la imputación jurídica del mismo, que consiste en la atribución jurídica del daño, que se funda en la prueba del vínculo existente entre el daño antijurídico y la acción u omisión del ente demandado”*.³⁸⁵
282. En opinión del Tribunal, y sin perjuicio del análisis que se hará respecto de los perjuicios que legítimamente puede reclamar el Distrito, todos los antes descritos son consecuencia directa del hundimiento del Emisario

³⁸⁵Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, CP.: Ramiro Saavedra Becerra, Bogotá, D.C., 3 de mayo de 2007, Rad.: 05001-23-26-000-1994-00422-01(19420)

Submarino, con lo que se verifica como cumplido este tercer requisito para que un perjuicio sea jurídicamente indemnizable.

XI. Los perjuicios ocasionados como consecuencia del hundimiento del emisario submarino y el acuerdo de arreglo directo de reclamación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con ocasión de dicho incidente

A. Posiciones de las partes frente a los perjuicios reclamados

283. Antes iniciar con el análisis de la existencia y monto de los perjuicios reclamados por la parte convocante, es necesario precisar el alcance de las pretensiones formuladas por dicha parte, en aras de que este Tribunal se ajuste al principio de la congruencia del laudo arbitral.

284. En efecto, la parte convocante, de una manera anti-técnica, pidió que se condene a la parte convocada por perjuicios y para ello plantea diversas sumas por conceptos y causas diferentes. Así, en las pretensiones principales pidió condena contra la convocada por los “...daños sufridos por el Contratante, durante la ejecución del Contrato de Interventoría...” debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses³⁸⁶; en la pretensión tercera principal solicita “la restitución patrimonial de la totalidad de los daños causados y/o los dineros invertidos en la construcción del Emisario Submarino siniestrado y se ordene consecuentemente la indemnización integral de los perjuicios ocasionados al Contratante, parte demandante, debidamente indexada o actualizada, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento, con ocasión de la pérdida de la obra pagada del Emisario Submarino y nunca entregada. El monto de este daño se establece en los valores equivalentes a lo invertido por el Contratante en la obra pagada y no entregada, y demás perjuicios ocasionados al Contratante. El valor total de esta pretensión está determinado como mínimo en las actas de pago de avances de obra en el Contrato de Obra Civil N° ALC-01-BM-2008 y aportadas a este proceso, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones, esto es, una suma superior a cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153’287.303) pesos moneda corriente, o lo que establezca en el proceso, cuyos montos fueron pagados de las cuentas del proyecto del Contratante”; en la pretensión quinta pide se le ordene a Halcrow “la restitución de la totalidad del dinero que le fue entregado en virtud del Contrato de Interventoría al Contratante parte demandante, esto es, la suma de setecientos sesenta y dos mil cuatrocientos ochenta y dos (US\$762.482) dólares de los Estados Unidos de América, más ciento setenta y ocho millones setecientos ochenta y dos mil setecientos doce (\$178’782.712) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses”; en la pretensión sexta solicita la “restitución de la totalidad de los daños causados y/o reembolso de los gastos en los que incurrió el Contratante en las labores de salvamento, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones, el cual asciende actualmente al menos a cuatro mil doscientos treinta y ocho millones doscientos ochenta y dos mil quinientos noventa y ocho (\$4.238’282.598) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento por este concepto”; en la pretensión séptima solicita que se condene a la convocada a pagar “el mayor valor que la obra Emisario Submarino tiene en la actualidad, como se calcula en el acápite pertinente o como resulte

³⁸⁶Pretensiones primera y segunda de la reforma de demanda.

probado en el proceso, y se le ordene pagar dicho valor debidamente indexado o actualizado, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento por este concepto”; y en la pretensión octava pide condena por “...intereses moratorios sobre los valores adeudados, desde el momento en que se debió entregar la obra y hasta el momento de esta sentencia, como se estima en el acápite pertinente”; en la primera pretensión subsidiaria pide que en virtud del negocio jurídico de interventoría “el Distrito Cultural y Turístico de Cartagena de Indias sufrió daños y perjuicios imputables a Halcrow Group Limited en una cuantía superior a la suma de cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153’287.303) pesos moneda corriente, más las indexaciones e intereses moratorios de esta cifra, con base en los hechos y fundamentos relacionados en esta demanda”; en la segunda pretensión subsidiaria que se “declare a Halcrow Group Limited responsable desde la perspectiva de lesión patrimonial al Contratante o bajo título y régimen que se desprenda del desarrollo del arbitramento o que considere probado el Tribunal de Arbitramento, por los daños y perjuicios sufridos por el Contratante con ocasión de la pérdida de la inversión y no entrega a tiempo de la obra contratada Emisario Submarino e interventoría integral a cargo de la demandada, cuyo valor asciende a una cifra superior a la suma de cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153’287.303) pesos moneda corriente, los cuales fueron invertidos en la construcción del emisario submarino el que nunca se entregó más los costos de salvamento del siniestro del emisario submarino, obra pagada cuya interventoría estaba a cargo de la demandada, valor indicativo y no limitativo a las pretensiones, o lo que resulte probado en el proceso y se le ordene pagar la indemnización de perjuicios debidamente indexada o actualizada, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal de Arbitramento”.

285. En el alegato de conclusión, la parte convocante insiste en lo planteado en la demanda, agregando una serie de conductas que constituyen acciones o abstenciones en los que, en su concepto, incurre la parte convocada, y que configuran causales de incumplimiento del contrato de interventoría, tema sobre el cual ya el Tribunal se pronunció en este laudo. En todo caso, hace énfasis en que *“la pérdida del emisario submarino obedeció a la negligencia, falta a sus deberes, acciones directas y omisiones de la interventoría contrarias a su deber y cuidado en el cumplimiento de sus funciones y obligaciones adquiridas contractualmente. Ellas radican no sólo en la falta de vigilancia y control de la obra sino en acciones dolosas que atentaron contra la obra y lo prometido en su contrato”.*

286. Luego de hacer unas reflexiones jurídicas sobre las características de los perjuicios para que sean indemnizables y la carga de la prueba de ellos, la parte convocante se concreta a describirlos y cuantificarlos así :

“En la demanda se solicita la indemnización de los perjuicios equivalentes al valor pagado en las actas de avance de obras, es decir la suma pagada en la ejecución de la obra nunca entregada por un valor superior a cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153’287.303) pesos moneda corriente, debidamente indexado más los intereses de mora correspondientes, ello como pretensión principal. A su vez se solicitó el pago de los valores del salvamento al menos a cuatro mil doscientos treinta y ocho millones doscientos ochenta y dos mil quinientos noventa y ocho (\$4.238’282.598) más indexación e intereses aplicables. Así mismo el mayor valor que la obra

Emisario Submarino tiene en la actualidad, valor correspondiente a lo que costo finalmente su restitución.

“La primera solicitud indemnizatoria en el petitum, es decir de los valores inicialmente pagados al Consorcio EDT, tuvieron su fuente en los recursos asignados al proyecto por el Distrito de Cartagena en la cuantía anotada anteriormente.

“De la segunda parte, es decir del mayor valor de la obra por restitución de su integridad hay dos fuentes de recursos, para dos ítems, recuperación e inspección y restitución de la obra. La primera, para la recuperación e inspección de la tubería, aproximadamente \$4.500 millones, el Distrito de Cartagena asignó directamente los recursos públicos de su propiedad que habían ingresado a sus arcas, en las cuentas del proyecto, por concepto de garantías hechas efectivas a EDT y Halcrow que sumaban \$3.500 millones de pesos. El saldo fue cubierto con recursos de temporales de tesorería de ACUACAR.

“El segundo de los ítems, corresponde a los \$14.700 millones de pesos asignados por el Distrito de recursos propios, destinados a la restitución del Emisario Submarino, para lo cual realizó el respectivo registro presupuestal y su correspondiente certificado de disponibilidad presupuestal, en razón a que así quedo consignado en la primera rendición de cuentas como metodología particular. Se invirtieron adicionalmente más de \$42.000 millones de pesos, asignados de manera temporal al proyecto con recursos de tesorería de ACUACAR los cuales se deberán rembolsar con intereses por el Distrito, los cuales fueron cuantificados y establecidos en el peritazgo contable.

“Examinemos entonces lo que ha quedado probado en el proceso, en lo que atañe a la cuantía del daño. La principal prueba para este punto es el dictamen pericial rendido por el perito contable Íntegra Auditores Consultores S.A. En dicho dictamen, se realizaron inicialmente los cálculos relativos a los pagos efectuados al Consorcio EDT, a Halcrow, los pagos efectuados para el rescate e inspección de la tubería, los pagos efectuados en virtud del primero acuerdo de rendición de cuentas entre el Distrito y Acuacar (que son recursos que se utilizaron también para rescate y reconstrucción, como se explicó en el acápite II.c del presente documento de alegatos), y los pagos efectuados transitoriamente por Acuacar para la reconstrucción del emisario submarino. El perito procedió, asimismo, a aplicar los intereses de mora e indexación, con diversos escenarios, así:

Escenario N°	Indexación	Interés	Fundamento
1	X	X	Ley 80 de 1993 y Decreto 734 de 2012.
2	X		IPC.
3		X	Tasa de interés bancario corriente.
4		X	Tasa máxima de interés moratorio (tasa de interés bancario corriente x 1,5).

“Los valores que arroja inicialmente el dictamen como resultado en cada escenario, son los siguientes:

Escenario N°	1	2	3	4
Fundamento	Ley 80 + Dto. 734	IPC	IBC	IBC x 1,5
Pagos a EDT	\$ 69.060'308.322	\$48.375.426.258	\$68.759.659.864	\$79.737.820.862
Pagos a Halcrow	\$ 2.291'489.463	\$1.633.648.466	\$2.295.116.815	\$2.652.125.188
Valor de rescate	\$ 5.620'102.528	\$4.494.850.290	\$5.774.100.535	\$6.436.664.056
Rendición de cuentas	\$ 18.274'949.279	\$15.324.973.350	\$18.821.088.898	\$20.604.258.302
Valor de reconstrucción	\$ 51.270'948.717	\$45.583.614.926	\$52.434.401.457	\$55.825.675.201
Total escenario	\$ 146.517'798.309	\$115.412.513.290	\$148.084.367.569	\$165.256.543.609

“Ahora bien, los valores mencionados sufrieron modificaciones con ocasión de la respuesta del perito a la solicitud de aclaraciones y complementaciones, y en particular a la solicitud de aclaración décima quinta, que obra en el folio 28 del documento de aclaraciones y complementaciones. En dicha oportunidad, el perito incluyó, debidamente discriminados, los pagos efectuados directamente por el Distrito, los valores de retenciones en garantías bancarias (que también fueron utilizados para el rescate y reconstrucción del emisario), y separó los recursos aportados transitoriamente por Acuacar (que son recursos que se utilizaron también para rescate y reconstrucción, como se explicó en el acápite II.c del presente documento de alegatos), en aquellos destinados al rescate, y aquellos destinados a la reconstrucción. Los valores definitivos de cada escenario son entonces los siguientes, que difieren levemente de los iniciales:

Escenario N°	1	2	3	4
Fundamento	Ley 80 + Dto. 734	IPC	IBC	IBC x 1,5
Pagos a EDT	\$72.114.482.857	\$50.528.111.436	\$71.805.669.193	\$83.265.499.066
Pagos a Halcrow	\$2.291.489.463	\$1.633.648.466	\$2.295.116.815	\$2.652.125.188
Pagos efectuados por el Distrito	\$18.274.949.279	\$15.324.973.350	\$18.821.088.898	\$20.604.258.302
Garantía bancaria EDT	\$3.967.486.616	\$3.144.291.713	\$4.071.731.474	\$4.554.962.211
Garantía bancaria Halcrow	\$651.681.498	\$527.929.767	\$671.117.296	\$744.335.798
Fondos transitorios Acuacar (Rescate)	\$1.000.934.414	\$822.628.810	\$1.031.251.765	\$1.137.366.047
Fondos transitorios Acuacar (Construcción)	\$48.277.988.436	\$42.990.216.572	\$49.362.252.129	\$52.515.307.201
Total escenario	\$146.579.012.562	\$114.971.800.115	\$148.058.227.570	\$165.473.853.813

287. Como se observa, son diversos los enfoques de reclamación de perjuicios que plantea la parte convocante en sus pretensiones. Al momento del estimar la cuantía de los perjuicios, la parte convocante expresó:

“Bajo juramento, que se entiende prestado con la suscripción de este documento, estimo razonadamente la cuantía a la que ascienden las pretensiones de la presente demanda arbitral. Estimo inicialmente la cuantía del presente proceso, sin que ello constituya un límite para el reconocimiento que se haga de las pretensiones, y en todo caso lo que se logre probar dentro del proceso, en una suma superior a cuarenta y nueve mil setenta millones doscientos noventa y un mil cincuenta y cuatro (\$49.070’291.054) pesos moneda corriente, que deben ser indexados o actualizados de acuerdo con las normas aplicables, junto con los respectivos intereses.³⁸⁷ El siguiente cuadro detalla los conceptos:

Cuadro N° 2 – Desagregación de la cuantía

Concepto		Valor
Valor entregado a Halcrow	Pesos	\$ 178.782.712
	Dólares	US 762.482
	TRM 30/11/2011	\$ 1.967,18
	Total	\$ 1.678.722.053
Valor aprobado a favor de EDT		\$ 45.424.512.955
Retegarantía EDT	5,00%	\$ 2.271.225.652
Valor efectivamente entregado a EDT		\$ 43.153.287.303
Valor de rescate		\$ 4.238.282.598
Total pretensiones		\$ 49.070.291.054

“Estimo los costos en los que ha tenido que incurrir el Contratante desde el incidente del Emisario Submarino para su defensa jurídica en una suma superior a los cuatrocientos millones (\$400’000.000) de pesos moneda corriente. Adicionalmente los costos de este tribunal de arbitramento.

“Solicito a los señores árbitros que, de acuerdo con lo que establece el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se sirvan decretar la indemnización integral de los perjuicios sufridos por mi mandante”.

288. Cuando se pide la prueba pericial no se señala de manera clara qué es lo que se pretende probar en esa materia, pues se limita a pedir *“...una prueba pericial contable sobre los pagos efectivamente realizados por*

³⁸⁷ Al tenor de lo establecido en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, *“en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”*. Teniendo en cuenta que la tasa de interés legal civil es del seis por ciento (6%) anual, al tenor de lo establecido en el artículo 1617 del Código Civil, el interés moratorio aplicable en nuestro caso asciende al doce por ciento (12%) anual, que habrá de aplicarse al valor actualizado con el índice de precios al consumidor.

AGUAS DE CARTAGENA S.A. E.S.P. - ACUACAR a EDT MARINE CONSTRUCTION OUTFALL y a HALCROW GROUP LIMITED en desarrollo de los Contratos de Obra e Interventoría, por lo que solicito que se nombre un perito contador para esta prueba con el fin de determinar el monto total al que ascendió la construcción del Emisario Submarino.”

289. Pero si se examinan, en conjunto, los hechos de la demanda, se puede colegir que los perjuicios que pretende la convocante se derivan del hundimiento del emisario submarino, pues antes de ese hecho concreto no se advirtió una reclamación en tal sentido. Por otra parte, este tribunal ha centrado toda su atención en el hecho del hundimiento, en sus posibles causas y en sus consecuencias.

290. Por otra parte, ya se ha dicho en este laudo que los perjuicios que se causaron por parte de la convocada se derivan concretamente del hecho del hundimiento del emisario submarino, hecho que se produjo por el incumplimiento culposo de Halcrow de sus obligaciones derivadas del contrato de interventoría.

291. A su turno la parte convocada en la contestación de la demanda niega tales perjuicios y en el alegato de conclusión señala que:

“1. Quedó plenamente probado en este proceso arbitral que el Distrito de Cartagena no sufrió, por cuenta de Halcrow, ninguno de los daños ni perjuicios alegados por el convocante con ocasión del incidente en el que se perdió parcialmente el emisario submarino.

*“2. En cualquier caso, si hubiera existido algún perjuicio, el Distrito de Cartagena estaría plenamente resarcido tal y como lo demuestran clara y expresamente el Acuerdo de Arreglo Directo y el Acuerdo de Aceptación de Rendición de Cuentas Voluntarias y Previas, Arreglo Directo y Fondeo de Cuentas de Encargo Fiduciario suscritos entre Acuacar y el Distrito de Cartagena (en adelante Acuerdo de Aceptación) **(Pruebas Nos. 42 de la demanda y 781 Tomo XVII de los anexos de la reforma de la demanda)**.*

“3. Siendo esto así, es decir, que ya hay una transacción y que el Distrito por lo tanto ya está indemne, cualquier pretensión económica que tenga el Distrito de Cartagena en este caso constituye un enriquecimiento sin justa causa.

“4 .Y si el Distrito de Cartagena ya está indemne, sería completamente inadmisibles que se prestara para hacer uso de la cláusula compromisoria para intentar recuperar de Halcrow recursos para terceros.

“5. Además, el peritaje contable demostró a cabalidad que después de ocurrido el incidente donde se perdió parcialmente el emisario submarino, el Distrito de Cartagena no aportó recursos adicionales a los presupuestados en el Contrato de Obra Civil o al proyecto inicial. Por tal razón, para la culminación de la CONSTRUCCIÓN DEL EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA, “el límite de la inversión del Distrito fue el valor de la oferta de fecha agosto 9 de 2007 presentada por EDT”.

“6. El peritaje divide los costos del proyecto “antes y después del Hundimiento”

“7. Los costos para la culminación de las obras, incluyendo las actividades de salvamento, se hicieron con recursos propios de Acuar y con los recursos que el Distrito de Cartagena tenía presupuestados para el proyecto inicial. Lo anterior según está establecido en el dictamen contable presentado por el perito Integra Consultores S.A.

“8. En efecto, este dictamen señala que las sumas de dinero que el Distrito le consignó a Acuar para la culminación de las obras, una vez que EDT las abandonó, tienen dos fuentes:

“Valores que faltaban por ejecutar de los contratos suscritos con EDT y Halcrow por valor de \$ 14.796.872.670³⁸⁸.

CONCEPTO	VALOR
SALDO POR EJECUTAR CONTRATO CONSTRUCCIÓN CONSORCIO EDT	\$11.789.428
SALDO POR EJECUTAR CONTRATO INTERVENTORÍA HALCROW	\$795.397.304
SALDO POR RETENCIONES DE GARANTÍA CONTRATO CONSORCIO EDT	\$2.212.319.938
TOTAL	\$14.796.872.670

“La complementación de dicho peritaje estableció al respecto que:

“Por lo que respecta determinar si son del Distrito los recursos transferidos a Aguas de Cartagena en cuantía de \$14.796.872.670, debemos manifestar que los mismos formaban parte de los recursos originalmente destinados para la ejecución del proyecto emisario submarino, que fueron girados a las cuentas del proyecto mediante sendos certificados de disponibilidad presupuestal No. 389 y 451 de mayo y agosto de 2011 respectivamente, en tal sentido entiende el perito que tales recursos eran del Distrito³⁸⁹”

“Ejecución de garantías bancarias de los contratistas EDT y Halcrow por valor de \$ 3.491.284.333 que fue destinada por Acuar para el salvamento de la tubería³⁹⁰.

GARANTÍA BANCARIA EDT	\$2.985.109.505.50
GARANTÍA BANCARIA HALCROW	\$506.174.827,29
TOTAL GARANTÍAS	\$3.491.284.332.79

“Ninguna de las anteriores sumas constituyen dineros adicionales a lo presupuestado por el Distrito de Cartagena para la realización de la obra “construcción emisario submarino”.

³⁸⁸³⁸⁸ Integra Auditores, Consultores S.A, peritaje contable pregunta No. 10 página 43.

³⁸⁹ Integra Auditores Consultores S.A, Aclaración y complementación del peritaje contable página 41

³⁹⁰ Integra Auditores Consultores S.A, Aclaración y complementación del peritaje contable página 13.

“Las sumas de dinero que se solicitan en las pretensiones no guardan relación con la realidad contable. Por lo tanto éstas deben ser negadas.

1. *Como los alegados perjuicios (i) no fueron asumidos por el Distrito y (ii) se derivan del eventual incumplimiento del Contrato de Obra Civil y del incidente, no pueden ser reconocidos en este Tribunal.*
2. *Lo anterior en un todo de conformidad con el Acuerdo de Arreglo Directo (prueba No. 42 de la contestación de la reforma de la demanda), y ratificado en el Acuerdo de Aceptación (Prueba No. 781, tomo XVII, de los anexos de la reforma de la demanda), en el cual las partes pactaron lo siguiente:*

“30. Ante el incidente y con el fin de garantizar que la obra no quedare inconclusa, las partes suscribieron un acuerdo conocido como de indemnidad, el cual tiene dos propósitos fundamentales:

Por una parte, asegurar que el Distrito de Cartagena no deberá pagar ningún valor adicional, al inicialmente previsto para el Emisario Submarino. La empresa asume la restitución del Emisario Submarino a la mayor brevedad, sin esperar los resultados de los procesos judiciales contra el contratista incumplido, por tanto, el patrimonio del Distrito queda totalmente indemne frente a esta situación.” (Lo subrayado es nuestro)

3. *En su declaración el representante legal de Acuacar, Francisco Pérez Tena, afirmó lo siguiente:*

“PREGUNTA EL APODERADO CONVOCADA ¿cuánto dinero adicional tuvo que pagar el DISTRITO DE CARTAGENA por las labores de salvamento y culminación de la obra del Emisario Submarino?

CONTESTÓ EL TESTIGO: el DISTRITO DE CARTAGENA, no ha pagado ni un centavo Adicional.

PREGUNTA EL APODERADO CONVOCANTE: ¿y frente a los recursos, de dónde pensaban que iban a porvenir (sic) estos?

CONTESTÓ EL TESTIGO: bueno esos recursos pues, forman parte de lo que es el proyecto y fueron anticipados por AGUAS DE CARTAGENA y otras fuentes de financiación y el DISTRITO lo que sí puedo decir es que no puso ni un centavo.

4. *Por lo anterior, no hubo daño ni perjuicio demostrado y mucho menos antijurídico para el Distrito de Cartagena.*
5. *Desconociendo lo anterior, el demandante en la audiencia de instalación del 16 de abril de 2012, estimó, bajo juramento, la cuantía de sus pretensiones en más de \$49.070.291.054.*
6. *Como está probado en el proceso que no hubo daño ni perjuicio para el Distrito de Cartagena, ni se demostró la cuantía de las pretensiones, la convocante debe ser condenada al pago de la sanción de que trata el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil el cual se encontraba vigente en la fecha de presentación de esta demanda arbitral.*

7. *Por lo expuesto en los numerales anteriores, a lo largo del proceso han quedado plenamente demostradas las excepciones b., c. y he la contestación de la reforma de la demanda, denominadas **Falta de legitimación en la causa material por activa del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y Cobro de lo no debido y Enriquecimiento sin justa causa del Distrito de Cartagena.***

292. Por tanto, este Tribunal se limitará a analizar los perjuicios derivados del hundimiento del emisario submarino, pues los demás reclamados no fueron probados dentro de este proceso arbitral en su existencia y cuantía; así, no constituyen perjuicios los valores equivalentes a lo invertido por el Contratante en la obra pagada y no entregada, pues los costos en que se incurrió y que se pagaron al contratista antes del colapso del emisario submarino se causaron y se reflejaron en la obra.

293. Habiendo aclarado lo anterior, procede este Tribunal a pronunciarse sobre los perjuicios derivados del incidente del emisario submarino.

B. Alcance y monto de los perjuicios

294. Este Tribunal había sostenido anteriormente que el presupuesto más importante de la responsabilidad civil contractual consiste en que haya un perjuicio y que éste “...surja de la inexecución del contrato, es decir, que haya una identidad entre las obligaciones pactadas y las obligaciones incumplidas”³⁹¹; y que ese daño sea causado por el deudor al acreedor contractual, es decir, “...cuando en virtud de la inexecución o de la ejecución tardía o imperfecta de un contrato válidamente celebrado, es el acreedor la víctima de un daño causado por el deudor”³⁹².

295. Igualmente decíamos que la doctrina sostiene que “la indemnización de perjuicios surge del incumplimiento total o parcial de la obligación, o de su cumplimiento tardío (art. 1613). En tales casos el acreedor se ve afectado por no obtener la utilidad o el provecho que pretendía, o por sufrir una pérdida, patrimonial o extrapatrimonial. El deudor ha violentado su compromiso, y la ley viene en ayuda del acreedor para que le sea reparada la afectación que sufrió, que se concreta con la indemnización. Indemnizar significa resarcir. Al acreedor se le resarce el daño ocasionado”³⁹³. La indemnización, según el mismo autor, busca reparar a la víctima, vale decir, colocarla en la medida de lo posible en una situación equivalente a aquella en que se habría encontrado si el daño no hubiese acaecido, de tal manera que la víctima debe quedar indemne porque el victimario, violando sus propias obligaciones, le causó un perjuicio³⁹⁴.

296. Nuestra Corte Suprema de Justicia precisó el daño como componente de la responsabilidad civil en los siguientes términos:

³⁹¹JAVIER TAMAYO JARAMILLO. *Tratado de responsabilidad civil*, t. I, p. 78.

³⁹² *Ibíd.*, p. 106.

³⁹³HERNÁN DARÍO VELÁSQUEZ GÓMEZ. *Estudio sobre obligaciones*, p.839

³⁹⁴ *Ibíd.*, p.840

*“Llegados a este punto, es necesario, en primer lugar, reiterar que el daño es todo detrimento, menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad; en segundo término, recordar que el perjuicio es, si se quiere, el elemento estructural más importante de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, al punto que sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna; y, finalmente, insistir en que el daño indemnizable, debe ser cierto”.*³⁹⁵

297. Por otra parte el artículo 16 de la ley 446 de 1998, dispone que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

298. Señala el artículo 1613 del Código Civil que *la indemnización de perjuicios patrimoniales comprende el daño emergente y el lucro cesante* y explica el 1614 de la misma obra, que la primera de esas modalidades, es *el perjuicio o la pérdida* experimentada por la víctima, en tanto que la segunda, es *la ganancia o provecho que para ella deja de reportarse*.

299. Para determinar el alcance de los perjuicios derivados del hundimiento del emisario submarino este Tribunal partirá del dictamen pericial rendido por la firma Integra Auditores Consultores S.A. (en adelante “Integra”), especialmente la parte del dictamen que responde a la pregunta formulada oficiosamente por el Tribunal mediante auto No. 38 del 16 de septiembre de 2013, que consiste en *“..precisar cuáles de los pagos y gastos efectuados, se derivan o tienen como causa directa el accidente del emisario submarino, determinando, de manera discriminada y explicada, el concepto y su cuantía”*.

300. La respuesta a esta concreta pregunta fue respondida por Integra mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2013, en los siguientes términos:

“Para poder dar respuesta a esta solicitud de complementación se deben tener en cuenta una serie de elementos técnicos ajenos a la órbita del perito financiero, razón por la cual hemos requerido del apoyo de un experto en ingeniería para poder dilucidar la naturaleza de los pagos dentro del proceso constructivo, y de esta forma poder establecer cuáles de los mismos tienen como causa directa el accidente.

“Para el efecto recurrimos al apoyo técnico de ECOINSA INGENIERIA SAS,³⁹⁶ firma especializada en construcción, diseño y análisis de riesgos y de fallas, quienes efectuaron una revisión de los soportes que sustentan los desembolsos, ejecutados con posterioridad a la ocurrencia del siniestro e inherentes a la ejecución del proyecto Emisario Submarino.

³⁹⁵Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 1º de noviembre de 2013, M.P. ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ.

³⁹⁶Es importante destacar que Integra anexo al dictamen copia del informe presentado por Ecoinsa Ingeniería SAS a que hace referencia.

“La revisión realizada por ECOINSA INGENIERIA SAS compagina la naturaleza de los pagos con el proceso constructivo, a fin de determinar cuáles de ellos se consideraban como consecuencia del accidente y cuales formaban parte del proceso constructivo normal, es decir, aquellas obras que estaban pendientes de realizar por parte del consorcio y que formaban parte de la ejecución de las mismas”.

301. Al responder a petición de aclaración formulada por la parte convocante, consistente en explicar cuáles son los elementos ajenos a la órbita del perito financiero, tenidos en cuenta para realizar la complementación, Integra respondió :

“Como quiera que la complementación de oficio solicitada por el Tribunal requería al perito para que estableciera, que pagos y gastos efectuados se derivan o tienen como causa directa el accidente del emisario, es claro que para realizar tal clasificación se necesitaba de conocimientos sobre el método constructivo, habida cuenta que este es un elemento del conocimiento propio de la ingeniería civil y no del área financiera se puso de manifiesto tal circunstancia y se recurrió al apoyo de un especialista.”.

302. Bajo este presupuesto, Integra concluye que los pagos y desembolsos realizados cuya naturaleza está asociada con las labores de construcción realizadas por ACUACAR, con posterioridad a la ocurrencia del siniestro ascienden a la suma total de cincuenta y cinco mil quinientos veintisiete millones trescientos treinta y nueve mil doscientos cincuenta y siete pesos (\$55.527.339.257.00).

303. De estos gastos o desembolsos, Integra considera que una parte de ellos puede considerarse como perjuicios derivados del hundimiento del emisario submarino y otros no.

304. En efecto, Integra no considera perjuicios los costos equivalentes a la suma de nueve mil quinientos diez y seis millones ochocientos cuarenta y cinco mil doscientos setenta y tres pesos (\$9.516.845.273.00) porque corresponden a la etapa de culminación de las obras que no habían sido realizadas al momento del incidente y que por tanto no habían sido pagadas al contratista Consorcio EDT, razón por la cual no pueden considerarse derivadas del accidente.

305. En tanto que considera perjuicios la diferencia, es decir, la suma de cuarenta y seis mil diez millones cuatrocientos noventa y tres mil novecientos ochenta y cinco pesos (\$46.010.493.985.00) porque corresponden al valor de las obras de construcción realizadas por Acuacar, que deben ser consideradas como una consecuencia directa del accidente. Igualmente, considera, que son perjuicios los gastos incurridos por salvamento y rescate de la tubería del emisario submarino, cuyos costos ascienden a la suma de cuatro mil doscientos ochenta y tres millones trescientos ochenta y dos mil quinientos noventa y ocho pesos (\$4.283.382.598.00) por cuanto, en su concepto, son totalmente atribuibles al accidente del emisario submarino.

306. Concluye Integra, entonces, que el valor total de los perjuicios asociados al hundimiento del emisario submarino son la suma de cincuenta mil doscientos noventa y tres millones ochocientos setenta y seis mil quinientos ochenta y tres pesos (\$50.293.876.583.00).
307. Esta parte del dictamen fue sometida a la contradicción de las partes y tanto la convocante como la convocada formularon peticiones de aclaración y complementación relacionadas con el mismo, sobre diversos tópicos o detalles, que permitieron a Integra justificar y explicar en detalle las cifras señaladas anteriormente, como seguidamente se indica.
308. Al responder la petición de aclaración número dos (2) formulada por la parte convocante, consistente en suministrar una explicación de cuál fue la metodología usada por Integra para la elaboración del dictamen y cuáles fueron los documentos usados como fundamento del dictamen, dicha firma respondió lo siguiente :

“La metodología usada para la elaboración del dictamen fue la siguiente:

1. *Se analizó el auto No. 38 del tribunal que ordenó la complementación del dictamen pericial, el cual indica :*

“PRIMERO: Ordénase a Integra Auditores Consultores S.A., se sirva complementar su dictamen pericial en el sentido de precisar cuáles de los pagos y gastos efectuados, se derivan o tienen como causa directa el accidente del Emisario Submarino, determinando, de manera discriminada y explicada, el concepto y su cuantía, tal y como se describe en la parte motiva de esta providencia.”

Así mismo, se analizaron las consideraciones del acta No. 21 que contienen el auto citado anteriormente, en las cuales se indica:

“No obstante lo anterior, en el dictamen pericial de Integra Auditores Consultores S.A no se precisa cuáles de dichos pagos y gastos se derivan directamente del hecho del hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de Diciembre de 2010 que origina este litigio, y cuáles son pagos y gastos de culminación de las obras del Emisario Submarino que corresponden a erogaciones que deberían hacerse en todo caso, independientemente del accidente.”

Como resultado de este análisis, se determinó que se debían desagregar las cifras presentadas en el informe de peritaje en dos categorías mutuamente excluyentes:

- *Pagos y gastos derivados del hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de diciembre de 2010: los cuales se entienden como aquellos en los cuales **no** se hubiera incurrido de no haber ocurrido el accidente.*

- *Pagos y gastos de culminación de las obras del Emisario Submarino que corresponden a erogaciones que deberían hacerse en todo caso, independientemente del accidente: que se entienden como aquellos en los cuales se hubiera incurrido tanto si se hubiera presentado el accidente como si no.*
2. *Se estableció que, antes de analizar los pagos y gastos, era necesario revisar las actividades que dieron origen a los mismos. Por lo tanto se tenía que establecer:*
 - *Actividades derivadas del hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de diciembre de 2010.*
 - *Actividades de culminación de las obras del Emisario Submarino que deberían hacerse en todo caso, independientemente del accidente*
 3. *De este modo se realizó una recopilación de todas las actividades realizadas con relación al Emisario submarino incluyendo la construcción realizada por EDT con Interventoría de Halcrow, la construcción realizada por Acuacar y el Rescate de la tubería.*
 4. *Se analizaron estas actividades utilizando una analogía del proyecto de construcción con un proceso productivo. En un proceso productivo unas materias primas pasan por una serie de etapas hasta convertirse en un producto terminado. Después de pasar por la primera etapa y hasta antes de pasar por la última etapa, el producto que se va formando entre etapas recibe el nombre de producto en proceso.*

En el caso del proyecto ejecutado por EDT, las obras construidas hasta antes del accidente eran un producto en proceso que todavía tenía que pasar por otras etapas (transporte e instalación, relleno de zanja y unión con emisario terrestre) para convertirse en un producto terminado.

5. *Se concluyó que estas últimas etapas (transporte e instalación, relleno de zanja y unión con emisario terrestre) correspondían a actividades de culminación de las obras puesto que de no haber ocurrido el accidente estas actividades tendrían que realizarse para culminar el proyecto, y al suceder el accidente también tendrían que realizarse (como realmente ocurrió) en la construcción del nuevo emisario. Solo que en este último caso estas actividades no fueron ejecutadas en el proyecto de EDT sino en el de Acuacar.*
6. *Por otro lado las etapas previas (Construcción y ensamblaje de lastres, unión de tramos de tubería y excavación de zanja) que dieron como resultado el producto en proceso (emisario lastrado y ensamblado pero no instalado), corresponden a actividades derivadas del accidente puesto que al ocurrir éste fue necesario realizarlas otra vez dentro del proyecto ejecutado por Acuacar para obtener nuevamente el producto en proceso con las características especificadas al finalizar la etapa de construcción en la cual estaba, antes de ocurrir el accidente. Sin embargo, de no haber ocurrido el accidente, estas actividades no se habrían tenido que realizar puesto que ya habían*

sido ejecutadas por EDT. Por lo tanto, estas actividades son dependientes del accidente y los pagos y gastos relacionados con ellas son consecuencia directa del accidente.

- 7. Igualmente, de no haber ocurrido el accidente, las actividades de rescate e inspección no debían hacerse, y así mismo los pagos y gastos relacionados con estas tampoco, por lo tanto son derivados o tienen como consecuencia directa el accidente.*
- 8. Se procedió a hacer una comparación entre el proyecto ejecutado por EDT y el proyecto ejecutado por Acuacar, para establecer cuales actividades de este último proyecto correspondían a las actividades realizadas por EDT hasta el momento del accidente y cuales correspondían a las actividades no ejecutadas. Para realizar esta comparación se elaboró una clasificación de actividades del proyecto de construcción ejecutado por Acuacar y se denominó Proyecto de Construcción 2, la cual está basada en la lista de precios unitarios y cantidades de obra ofertados por EDT.*

La clasificación contiene unas categorías relacionadas con las actividades derivadas del hundimiento del emisario y otras relacionadas con las actividades de culminación de las obras de acuerdo a lo explicado en los puntos 5 y 6.

- 9. De la última acta de pago aprobada a EDT, se identificaron más específicamente las actividades ejecutadas y no ejecutadas por EDT que habían sido previamente señaladas en los puntos anteriores.*
- 10. Se revisaron los soportes de los pagos y se clasificaron en las categorías establecidas, asociando la información que contenían sobre la naturaleza del pago con la actividad correspondiente a cada categoría.*
- 11. Se calculó la suma del valor de todas las facturas de cada categoría y se agruparon las categorías en aquellas relacionadas con actividades derivadas del hundimiento del emisario y aquellas relacionadas con la culminación de las obras.*
- 12. Por último se calculó el valor total de cada grupo. Al grupo que contenía las categorías relacionadas con actividades derivadas del accidente se le denominó Actividades de Construcción 2 derivadas del accidente. Al total de los pagos de este grupo se le sumó el valor de los pagos hechos por el Rescate e inspección y el resultado es el valor de los pagos y gastos derivados del hundimiento del Emisario.*

Para la elaboración de la complementación se utilizó la información contenida en los siguientes documentos:

- Facturas y órdenes de adquisición presentadas por Acuacar como soportes de los pagos realizados con relación al rescate e inspección de la tubería y a la construcción del nuevo emisario Submarino (denominado en el informe de complementación como Proyecto de Construcción 2).*

- *Acta de pago No. 13 del 10 de Octubre de 2010 del contrato ALC-01-BM-2008, la cual fue la última acta de pago aprobada al Consorcio EDT Marine Construction Cartagena Outfall.*
- *Las especificaciones técnicas del contrato de construcción ALC-01-BM-2008.*
- *Los informes mensuales de Interventoría del Proyecto de Construcción del nuevo emisario, elaborados por la firma Aquambiente.*
- *Los informes diarios y mensuales de Interventoría del Proyecto de Construcción Original”.*

309. Por otra parte, Integra abundó en explicaciones sobre los costos incurridos que tenían relación directa con el accidente del emisario submarino y los que no. En efecto, al responder la petición de aclaración número cuatro (4) presentada por la parte convocante, consistente en determinar los pagos que tienen como causa directa el accidente, conceptuó lo siguiente:

310.

“Los pagos que tienen como causa directa del accidente se determinaron a partir de la suma de: 1) los valores reportados en las facturas de las actividades de rescate e inspección de la tubería, y 2) los valores reportados en las facturas clasificadas en las categorías del grupo denominado Actividades de Construcción 2 derivadas del accidente, de acuerdo a la metodología explicada en la respuesta a la SEGUNDA aclaración.”

311. Al responder la petición de aclaración número cinco (5) de la parte convocante, consistente en definir cómo determinó qué conceptos eran consecuencia del accidente, y cuales correspondían a proceso constructivo normal, Integra expresó textualmente en su dictamen:

*“Para determinar los conceptos que eran **consecuencia del accidente** se determinaron aquellas actividades del proyecto de construcción ejecutado por Acuacar (denominado en el informe anexo a la complementación como Proyecto de Construcción 2) que eran equiparables a las realizadas por Halcrow³⁹⁷ hasta el momento del accidente, se les asignó una categoría y en ella se clasificaron todos los pagos cuya naturaleza estaba relacionada con la respectiva actividad. Tal como se explica en la respuesta a la SEGUNDA aclaración, estas actividades eran consecuencia del accidente puesto que de no haber ocurrido éste, las mismas no habrían tenido que ejecutarse nuevamente por parte de Acuacar.*

*Para determinar los conceptos que correspondían al **proceso constructivo normal** o culminación de las obras, se determinaron aquellas actividades del proyecto de construcción ejecutado por Acuacar (denominado en el informe anexo a la complementación como Proyecto de Construcción 2) que eran equiparables a las actividades **no** ejecutadas por EDT a causa del accidente, se les asignó una categoría y*

³⁹⁷El tribunal entiende que Integra quiso referirse aquí al contratista EDT Marine Construction

en ella se clasificaron todos los pagos cuya naturaleza estaba relacionada con la respectiva actividad. Tal como se explica en la respuesta a la SEGUNDA aclaración, las actividades no ejecutadas por EDT no son consecuencia del accidente porque con o sin la ocurrencia del accidente se habrían tenido que ejecutar ya fuera en el proyecto de EDT (si no hubiera ocurrido el accidente) o en el proyecto de Acuacar (después de la ocurrencia del accidente). Es decir que son actividades que se debían realizar independientemente del accidente, tal como se concluyó del análisis del Acta No. 21 del tribunal de arbitramento que contiene el auto No. 38 que ordena la complementación.”

312. Sobre estos últimos costos, al responder la petición de aclaración número trece (13) de la parte convocante, consistente en determinar cuáles fueron los aspectos técnicos que fundamentaron la aseveración de disminuirse a los costos de las labores constructivas la suma de \$9.516.845.273, Integra precisó lo siguiente :

“La suma de \$9.516.845.273 corresponde al total de los pagos y gastos de culminación de las obras (o del proceso constructivo normal) tal como se indicó en el informe de complementación y se reiteró en la respuesta a la aclaración 7, estos gastos de culminación de las obras (erogaciones que se debían hacer en todo caso independientemente del accidente) son la categoría contraria a los gastos derivados del hundimiento (los cuales si son dependientes del accidente) y por consiguiente están excluidos de esta última. Por lo tanto, debieron disminuirse a los costos de las labores constructivas, en el momento de calcular los pagos y gastos derivados del accidente, ya que estos pagos y gastos por \$9.516.845.273 no estaban incluidos en este grupo.”

313. Al responder la petición de aclaración número seis (6) de la parte convocante, consistente en precisar cuáles son los conceptos consecuencia del accidente, y cuales corresponden al proceso constructivo normal, Integra puntualizó :

314.

“Los conceptos consecuencia del accidente, explicados en el punto anterior son:

1.	GASTOS DE RESCATE E INSPECCIÓN
2.	GASTOS DE CONSTRUCCIÓN 2 DERIVADOS DEL ACCIDENTE:
2.1	Movilización y desmovilización de equipos para trabajos marinos
2.2	Fabricar, Entregar y Almacenar tubería PEAD (2,000 mm y 1,000 mm) y piezas
2.3	Fabricar, Entregar y Almacenar accesorios marítimos (pernos, compensadores, arandelas), conexiones bridadas para los segmentos de tubería PEAD y brida ciega al final de la zona de difusores.
2.4	Construcción y remoción de camino temporal de acceso en Zona de Playa
2.5	Fabricación y prueba de Lastres

2.6	Trabajos de ensamble de los segmentos de tubería PEAD de 2,000 mm de diámetro nominal externo
2.7	Instalación de lastres en segmentos de tubería PEAD
2.8	Excavar, mantener y la trinchera para tubería PEAD de 2,000 mm
2.9	Instalación de tablestacas
2.10	Impacto urbano
2.11	Obras en Frentes de trabajo
2.12	Estudios técnicos
2.13	Reparación y mantenimiento de equipos
2.14	Materiales
2.15	Supervisión, Asesoría técnica e Inspección
2.16	Transporte de materiales, equipos, componentes.
2.17	Servicios de apoyo
2.18	Reparación de la tubería rescatada
2.19	Preliminares
2.20	Otros gastos
2.21	Alquiler de maquinaria y equipos

Los conceptos que corresponden al proceso constructivo normal, explicados en el literal anterior son:

Transportar e instalar tubería PEAD de 2,000 mm de diámetro nominal externo.
Rellenar la trinchera para tubería PEAD de diámetro nominal externo 2,000 mm.
Conectar tubería de GRP DN 1,800 mm a la tubería PEAD diámetro nominal externo 2,000 mm.

315. Respecto a los valores discriminados por los dos conceptos señalados anteriormente, Integra se refirió a ellos al responder la petición de aclaración número siete (7) de la parte convocante:

“Los conceptos por consecuencia del accidente ascienden a: \$50.293.876.583, y los del proceso constructivo normal a \$9.516.845.273, las anteriores cifras se explican detalladamente en los siguientes cuadros.

1.	GASTOS DE RESCATE E INSPECCIÓN	\$4.283.382.598,00
2.	GASTOS DE CONSTRUCCIÓN 2 DERIVADOS DEL ACCIDENTE:	
2.1	Movilización y desmovilización de equipos para trabajos marinos	\$230.933.519,00

2.2	Fabricar, Entregar y Almacenar tubería PEAD (2,000 mm y 1,000 mm) y piezas	\$9.324.398.507,55
2.3	Fabricar, Entregar y Almacenar accesorios marítimos (pernos, compensadores, arandelas), conexiones bridadas para los segmentos de tubería PEAD y brida ciega al final de la zona de difusores.	\$1.316.472.950,00
2.4	Construcción y remoción de camino temporal de acceso en Zona de Playa	\$42.613.680,00
2.5	Fabricación y prueba de Lastres	\$6.281.560.278,00
2.6	Trabajos de ensamble de los segmentos de tubería PEAD de 2,000 mm de diámetro nominal externo	\$961.910.277,00
2.7	Instalación de lastres en segmentos de tubería PEAD	\$3.513.787.408,00
2.8	Excavar, mantener y la trinchera para tubería PEAD de 2,000 mm	\$7.912.777.677,00
2.9	Instalación de tablestacas	\$577.873.083,00
2.10	Impacto urbano	\$253.370.529,00
2.11	Obras en Frentes de trabajo	\$334.727.180,00
2.12	Estudios técnicos	\$401.173.278,00
2.13	Reparación y mantenimiento de equipos	\$183.973.187,00
2.14	Materiales	\$148.955.845,00
2.15	Supervisión, Asesoría técnica e Inspección	\$7.444.019.902,00
2.16	Transporte de materiales, equipos, componentes.	\$1.511.854.071,00
2.17	Servicios de apoyo	\$1.373.004.677,50
2.18	Reparación de la tubería rescatada	\$1.531.363.258,05
2.19	Preliminares	\$439.178.760,00
2.20	Otros gastos	\$30.525.884,00
2.21	Alquiler de maquinaria y equipos	\$2.196.020.033,00
TOTAL		\$50.293.876.582,10

Los conceptos que corresponden al proceso constructivo normal ascienden a:

Transportar e instalar tubería PEAD de 2,000 mm de diámetro nominal externo	\$7.606.271.490,00
Rellenar la trinchera para tubería PEAD de diámetro nominal externo 2,000 mm	\$1.409.293.283,00

Conectar tubería de GRP DN 1,800 mm a la tubería PEAD diámetro nominal externo 2,000 mm	\$501.280.500,00
TOTAL	\$9.516.845.273,00

316. Al responder a la petición de aclaración número veinte (20), formulada por la parte convocada, consistente en determinar cuáles son los pagos y gastos que se derivan del hecho del hundimiento y, en consecuencia, reconstrucción del emisario submarino que fueron asumidos por el Distrito de Cartagena y que no hagan parte del proyecto inicial, Integra hace la siguiente aclaración:

“En el informe no se utilizó el término “reconstrucción” del emisario debido a que podía entenderse como la finalización de la construcción a partir de las obras que se mantuvieron a pesar del accidente, lo cual no ocurrió en el caso del emisario. Lo que se rescató y pudo utilizarse fue una parte de la tubería, pero ésta no fue el producto de un proceso constructivo realizado por el contratista (como por ejemplo los lastres), sino que fue un elemento comprado a un proveedor. Por lo tanto, la nueva construcción (denominada en la complementación Proyecto de Construcción 2) tuvo que hacerse desde cero y no a partir de un remanente de la obra anterior. Por otro lado, las diferencias entre el proceso constructivo empleado por EDT y el empleado en el Proyecto de Construcción 2, hacen que tampoco se pueda interpretar éste último como una repetición³⁹⁸ de la construcción de EDT.

Con base en lo anterior, se entiende la pregunta como: la determinación de los pagos y gastos que se derivan del hecho del accidente que fueron asumidos por el Distrito de Cartagena y que no hacen parte del Proyecto inicial. Así mismo, el término Proyecto inicial se entenderá como sinónimo del término Proyecto de Construcción original utilizado en el informe de complementación.”

317. Del análisis del contenido del dictamen pericial rendido por Integra que se acaba de transcribir, puede concluir este Tribunal que las erogaciones o costos asumidos para recuperar, construir, transportar e instalar el emisario submarino, ascienden a la suma de cincuenta mil doscientos noventa y tres millones ochocientos setenta y seis mil quinientos ochenta y tres pesos (\$50.293.876.583.00), valor éste que no hubiera tenido que pagarse si no se hubiera producido el hundimiento del emisario submarino con todas sus secuelas.

318. Este Tribunal, en líneas anteriores, ha reconocido que se han configurado el resto de los presupuestos o elementos de la responsabilidad civil contractual, como la demostración de la preexistencia del contrato de interventoría, el incumplimiento de obligaciones derivadas del mismo atribuibles a Halcrow y que dicho incumplimiento fue causa del hundimiento del emisario submarino.

³⁹⁸re-. (Del lat. re-).pref. Significa 'repetición'. *Reconstruir*. Diccionario de la Real Academia Española de la lengua.

319. Corresponde a este Tribunal seguidamente determinar si la circunstancia de que se hayan realizado esas erogaciones como consecuencia del hundimiento del emisario submarino, significa necesariamente que la parte convocante, el Distrito de Cartagena, soportó perjuicios por ese monto.
320. Para que este análisis conduzca a una conclusión lógica, el Tribunal abordará de manera coherente y ordenada dos temas que vienen planteados por las partes a lo largo del desarrollo del presente Tribunal: en primer lugar, el alcance del documento denominado *“acuerdo de arreglo directo de reclamación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con ocasión del incidente del emisario submarino”*, celebrado entre Acuacar y el Distrito de Cartagena el 12 de Abril de 2011, y en segundo lugar, determinar si el monto de los gastos que han sido cuantificados por Integra, fueron sufragados por la parte convocante, el Distrito de Cartagena, de manera total o parcial, o si han sido sufragados por terceras personas, para que con esos elementos podamos definir el sentido de la decisión que se va adoptar mediante el presente laudo, es decir, si hay lugar a condenar o absolver a la parte convocada, teniendo en cuenta que los demás elementos de la responsabilidad civil contractual se encuentran acreditados.

C. El acuerdo de arreglo directo de reclamación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con ocasión del incidente del emisario submarino

321. Para el Tribunal es muy importante analizar en este punto el alcance y entidad de los perjuicios que pudieron causarse al Distrito de Cartagena por el hundimiento del emisario submarino y que ya vienen cuantificados en el dictamen pericial financiero practicado en el proceso, frente al denominado *“acuerdo de arreglo directo de reclamación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con ocasión del incidente del emisario submarino”*, celebrado entre Acuacar y el Distrito de Cartagena el 17 de Febrero de 2011.
322. En efecto, para entender el alcance, entidad y cuantía de los perjuicios económicos discriminados en el dictamen pericial financiero con sus respectivas aclaración, complementación y objeción, es necesario hacer referencia al citado *“acuerdo de arreglo directo”*, que ha sido calificado por la parte convocada, en su defensa, como un pacto de indemnidad³⁹⁹ patrimonial a favor del Distrito de Cartagena y sus funcionarios con ocasión de la culminación de las obras previstas en el contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008 que, como tal, impediría a la parte convocante reclamar perjuicio alguno en este trámite arbitral, pues ya habría sido indemnizada por ACUACAR, en virtud del citado acuerdo.
323. A continuación se transcriben las principales cláusulas del denominado *“acuerdo de arreglo directo de reclamación del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias con ocasión del incidente del emisario submarino”*, así:

“CLAUSULA PRIMERA. Acuacar como organismo ejecutor del convenio de préstamo 7404 CO, se compromete con la debida diligencia y eficiencia a culminar las obras para restituir la integridad del

³⁹⁹La palabra indemnidad significa “Propiedad, estado o situación del que está libre de padecer daño o perjuicio”, según Diccionario de la Real Academia Española, Edición 1987, p.766

Tubo Emisario Submarino y completar la totalidad de las obras a fin de cumplir el objeto del contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008. Para este propósito, Acuacar utilizará los recursos distritales inicialmente previstos para este contrato y si fuere necesario dispondrá, a su costa de recursos adicionales, en forma definitiva o transitoria, directamente o por otras vías o fuentes, en especial de recursos de terceros gestionados en forma conjunta por las partes, con el propósito de preservar su sostenibilidad económica – financiera como lo ha venido haciendo a la fecha.

CLÁUSULA SEGUNDA. Las partes acuerdan que el Distrito no aportará recursos diferentes a los contemplados en el Contrato de Obra Civil No. ALC – 01- BM – 2008. Por tal razón, para la culminación de la CONSTRUCCIÓN EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA, el límite a la inversión del Distrito es el valor de la oferta de fecha agosto 9 de 2007, propuesta y aceptada del consorcio contratista por un valor de \$57.576.134.000.00. Si con el fin de terminar la obra fallida, se invierten dineros en mayor cuantía de la anotada, dichos valores serán atendidos en la forma prevista en la cláusula anterior.

CLÁUSULA TERCERA. Al final de la ejecución de estas obras Acuacar presentará una rendición final de cuentas donde se relacionen las obras o trabajos realizados para restituir la integridad del Tubo Emisario Submarino y completar la totalidad de las obras necesarias a fin de cumplir el objeto del contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008, los costos y los dineros efectivamente invertidos en sus fuentes. Una vez verificada y aceptada la misma se procederá a liquidar de mutuo acuerdo el convenio. Sin perjuicio de lo anterior, Acuacar presentará al Distrito, a solicitud de éste, una rendición previa de cuentas en el cual se justifique el estado de los ingresos y gastos del contrato y las obligaciones atendidas con cargo al mismo.

CLÁUSULA CUARTA. Las partes convienen que con la culminación de las obras se cumplirá en las condiciones anotadas en la cláusula primera, para efectos de garantizar la indemnidad patrimonial del Distrito y sus funcionarios con ocasión de la terminación de las obras objeto del contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008.

*Por lo anterior, Acuacar defenderá **sus intereses conjuntamente con los del Distrito** en cualquier escenario y destinará para este fin los recursos necesarios para cumplir adecuadamente con tal labor para lo cual el Distrito otorgará los poderes para la representación judicial cuando así se requiera. Lo anterior, no obsta, para que el Distrito opte en algunos casos por actuar de manera directa en tales procedimientos, pero esas actuaciones directas deberán realizarse en acuerdo con Acuacar, para mantener unidad de criterio y de defensa. (Subraya y negrilla fuera del texto).*

324. Con base en la lectura de las cláusulas transcritas puede este Tribunal afirmar, frente a tal negocio jurídico⁴⁰⁰, suscrito entre el Distrito de Cartagena y Acuacar, que ésta última empresa se obligó para con el Distrito de Cartagena a culminar las obras para construir e instalar el emisario submarino y, en general, a completar la totalidad de las obras para cumplir con el objeto del contrato de obra N° ALC-01-BM-2008, cuya interventoría

⁴⁰⁰ Art. 1602 Código Civil. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales.

había sido encargada a Halcrow. En términos textuales, la cláusula primera del acuerdo señala que Acucar *“...se compromete con la debida diligencia y eficiencia a culminar las obras para restituir la integridad del Tubo Emisario Submarino y completar la totalidad de las obras a fin de cumplir el objeto del contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008.”*

325. Es decir que, para el Tribunal, el primer efecto de este acuerdo es que, ante el hundimiento y destrucción del emisario submarino ocurridos el 2 de Diciembre de 2010, Acucar se obligó para con el Distrito de Cartagena a culminar la obra de construcción e instalación del Emisario Submarino, inicialmente contratada con el Consorcio EDT, bajo la interventoría de la parte convocada.
326. A juicio del Tribunal, esta obligación de ACUACAR, en sí misma, no constituye una obligación de indemnidad que excuse el incumplimiento del contratista de obra (tema sobre el cual el Tribunal no se pronunciará), ni del interventor. Es, simplemente, un compromiso adquirido por ACUACAR de continuar con la ejecución del convenio de préstamo 7404 CO, mediante la culminación del proyecto del Emisario Submarino, pero no implica extinción de obligación o responsabilidad alguna de quienes estaban a cargo de la obra, o de su supervisión.
327. Es preciso recordar, al respecto, que en la ejecución de este proyecto ACUACAR ha actuado como mandatario con representación del Distrito; por lo tanto, la culminación de la obra, en los términos consignados en el acuerdo en comento, bien puede ser otro acto del mandatario ejecutado en nombre y por cuenta de su mandante.
328. En efecto, no se encuentra en el texto del acuerdo bajo estudio ninguna manifestación de las partes de la que pueda deducirse que existe un reconocimiento, o una asunción de responsabilidad de ACUACAR, por los hechos ocurridos el 2 de Diciembre de 2010, de la cual pudiera derivarse su obligación de indemnizar al Distrito de Cartagena.
329. Tampoco se observa en el texto de dicho documento voluntad alguna de las partes de querer exonerar a Halcrow de sus obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato de interventoría.
330. Hecha esta precisión, es importante ahora revisar las condiciones en las que ACUACAR cumpliría este compromiso de culminar las obras del Emisario Submarino. Para ello, acude el Tribunal al texto de la misma cláusula primera, en la que se señala que *“para este propósito, Acucar utilizará los recursos distritales inicialmente previstos para este contrato”*. Es decir, que la culminación de la obra, en principio, no se haría con recursos propios de ACUACAR (del mandatario), sino con los recursos financieros que el Distrito (el mandante) había apropiado para este fin y entregado en administración a ACUACAR, a través del mecanismo de una fiducia.
331. Ahora bien, si los recursos de propiedad del Distrito Cartagena (el mandante) no eran suficientes para cumplir con el cometido de terminar el proyecto del Emisario Submarino, las partes convinieron, a renglón seguido, que ACUACAR *“si fuere necesario dispondrá, a su costa de recursos adicionales, en forma definitiva o transitoria...”*, para la culminación del proyecto del Emisario Submarino (Lo subrayado no corresponde al texto).

332. En otras palabras, el compromiso adquirido por ACUACAR en virtud del acuerdo bajo análisis del Tribunal era que dicha empresa se encargaría de adelantar las gestiones necesarias para asegurar la construcción e instalación del Emisario Submarino que se había hundido el 2 de diciembre de 2010. Para ello, en primer lugar, acudiría a los recursos de propiedad del Distrito que ya se encontraba administrando y que, hasta entonces, había destinado, principalmente, al pago del contratista de la obra (Consortio EDT). Es decir, que la primera fuente económica que debía utilizar ACUACAR para cumplir con este encargo o mandato, eran los dineros de propiedad del Distrito, y no los dineros propios de ACUACAR. Sin embargo, si fuese necesario, ACUACAR debía acudir a sus propios recursos económicos para culminar el proyecto, sin que necesariamente se planteara su reembolso posterior por parte del Distrito; ello se deduce de la expresión, “a su costa” usada en la parte segunda del párrafo primero de la cláusula primera del mencionado acuerdo.
333. Esta conclusión se confirma al leer la cláusula segunda del denominado “acuerdo de arreglo directo”, en la que se especifica, sin lugar a dudas, que “el Distrito no aportará recursos diferentes a los contemplados en el Contrato de Obra Civil No. ALC – 01- BM – 2008”, lo que implica que si el proyecto requiriera de la utilización de dineros adicionales, éstos debían ser aportados por ACUACAR de su propio patrimonio. Ello, se reitera, sin que en modo alguno se pueda afirmar que este aporte económico del mandatario (ACUACAR) para terminar la obra de propiedad del mandante (el Distrito de Cartagena), implique el reconocimiento de responsabilidad por el hundimiento del emisario submarino por parte de ACUACAR, o una obligación de indemnidad a su cargo, así como tampoco que ello implique una exoneración de responsabilidad de los autores de los perjuicios derivados del hundimiento del emisario submarino, como se deduce, además, de lo acordado en la cláusula cuarta del acuerdo, que procederemos a analizar.
334. La cláusula cuarta es la única estipulación del “acuerdo de arreglo directo” en el que se menciona la indemnidad patrimonial del Distrito y de sus funcionarios, frente al hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de diciembre de 2010. En efecto, en el párrafo primero de dicha cláusula se acordó que “la culminación de las obras se cumplirá en las condiciones anotadas en la cláusula primera, para efectos de garantizar la indemnidad patrimonial del Distrito y sus funcionarios con ocasión de la terminación de las obras objeto del contrato de obra civil No. ALC-01-BM-2008”. Pero en el párrafo segundo de la misma cláusula se anota que “por lo anterior, Acucar defenderá **sus intereses conjuntamente con los del Distrito** en cualquier escenario y destinará para este fin los recursos necesarios para cumplir adecuadamente con tal labor para lo cual el Distrito otorgará los poderes para la representación judicial cuando así se requiera. Lo anterior, no obsta, para que el Distrito opte en algunos casos por actuar de manera directa en tales procedimientos, pero esas actuaciones directas deberán realizarse en acuerdo con Acucar, para mantener unidad de criterio y de defensa”. (Lo subrayado y las negrillas no corresponden al texto).
335. Es decir, este “pacto de indemnidad” - como lo ha calificado la parte convocada en su defensa -, no significa que ACUACAR se obligaba a indemnizar al Distrito de Cartagena por el hundimiento del Emisario Submarino porque, además, no existía razón legal alguna para ello, ni el Distrito reclamó tal responsabilidad de ACUACAR, ni judicial, ni extrajudicialmente. Este acuerdo, como se lee en una interpretación sistemática de la cláusula cuarta, significaba era que, además de culminar las obras del Emisario Submarino, ACUACAR se encargaría también de procurar obtener la indemnización correspondiente de los que fueren considerados como

responsables de dicho hundimiento. Es decir, como lo dice expresamente la cláusula cuarta, ACUACAR se ocuparía, como obligación surgida del “acuerdo de arreglo directo”, de adelantar las acciones que fueran necesarias contra los responsables del hundimiento del Emisario Submarino, pues ello sí garantizaría la indemnidad patrimonial del Distrito y de sus funcionarios. La del Distrito de Cartagena, pues éste no estaría indemne solamente con la construcción de la obra, pues para ello debería invertirse más dinero del inicialmente destinado a tal fin - como en efecto ocurrió -, sino con el reembolso a Acuarcar del dinero gastado en la nueva construcción del Emisario hundido. Y la de sus funcionarios, pues ellos eventualmente podrían ser sujetos de juicios de responsabilidad fiscal si, con base en la Ley 610 de 2000, se encontrara mérito para ello al juzgar, fiscalmente, su conducta en la ejecución del proyecto, lo que eventualmente, y por aplicación del artículo 90 de la Constitución Política, podría generar acciones de repetición contra su propio patrimonio.

336. Pero la cláusula cuarta es también clara al consignar que dichas acciones serían adelantadas por ACUACAR, no sólo para defender los intereses del Distrito (su mandante), sino sus propios intereses. Y ello sólo se explica por el hecho de que, en virtud de las cláusulas primera y segunda del acuerdo, ACUACAR estaba obligado a aportar sus propios recursos para culminar la obra del Emisario Submarino, si los dineros destinados inicialmente por el Distrito para este fin no fueren suficientes, como en efecto sucedió. Es decir, que al perseguir al responsable o los responsables del hundimiento del Emisario Submarino, ACUACAR debería procurar una indemnización de los perjuicios sufridos por el Distrito, y de los perjuicios propios de ACUACAR, traducidos en los dineros propios que esta empresa habría tenido que destinar para culminar el proyecto del Emisario Submarino, tras el hundimiento ocurrido el 2 de Diciembre de 2010.

337. Así las cosas, es importante plantear por parte de este Tribunal que, el alcance que el Distrito de Cartagena (como mandante) y Acuarcar (como mandatario) le dieron al acuerdo de arreglo directo estaba circunscrito a sus relaciones contractuales de mandato, para conjurar la crisis de parálisis de la obra, pero dejando por sentado que tal acuerdo no significaba que los intervinientes en la ejecución y la interventoría de la obra – si fueren hallados responsables de lo ocurrido -, quedarían exonerados de responsabilidad en virtud del “acuerdo de arreglo directo”. A tal punto, que el mismo acuerdo contempló, en su cláusula cuarta, que ACUACAR iniciaría las acciones para perseguir a dichos responsables, pero ya no solo en busca de una indemnización de los perjuicios sufridos por su mandante (el Distrito), sino de los perjuicios sufridos por ACUACAR (como mandatario), ya que el acuerdo consagraba la obligación de ACUACAR de aportar los dineros necesarios para culminar el proyecto, en exceso de los inicialmente destinados por el Distrito, si éstos no resultaren suficientes.

Conforme a lo estipulado en la cláusula tercera del acuerdo de arreglo directo, el Distrito de Cartagena y Acuarcar, suscribieron el 12 de abril de 2011 un documento denominado “*Acuerdo de aceptación de rendición de cuentas voluntarias y previas, arreglo y fondeo de cuenta de encargo fiduciario*” y, posteriormente, el 10 de abril de 2013, las mismas partes, suscribieron un documento denominado “*Acuerdo de aceptación de segunda rendición de cuentas voluntarias y previas, arreglo directo y activación del emisario submarino de Punta Canoas*” que se refiere especialmente a una rendición de cuentas presentada por Acuarcar en relación con los hechos ocurridos el 2 de diciembre de 2010⁴⁰¹.

⁴⁰¹ Siniestro marítimo de maniobra e instalación de la tubería del emisario submarino, los gastos incurridos y pagados por ambas partes para el salvamento, restitución y terminación de las obras del proyecto de Saneamiento Básico de Cartagena y la disposición final sobre las cuentas por cobrar a los contratistas constructor e interventor, reclamaciones por parte del contratante que hoy se encuentran en el Tribunal Contencioso Administrativo del Bolívar.

338. Con base en estas rendiciones de cuentas, y en otros documentos provenientes de la contabilidad de ACUACAR, el perito financiero Integra pudo establecer el origen de los recursos con los que se terminó la obra el Emisario Submarino de Cartagena.
339. El dictamen pericial financiero permite al Tribunal identificar cuáles, y en qué proporción, de los dineros invertidos para la construcción e instalación del Emisario Submarino después del 2 de diciembre de 2010, tuvieron como fuente los recursos destinados inicialmente por el Distrito para el proyecto, y cuáles fueron recursos propios de ACUACAR.
340. Como se anotó, en virtud del acuerdo de arreglo directo, ACUACAR estaba facultado, también, para iniciar acciones de responsabilidad civil contra quienes considerara como responsables del hundimiento del Emisario Submarino, para recuperar, a título de indemnización, tanto los perjuicios sufridos por el Distrito (su mandante), como sus propios perjuicios.
341. No obstante, observa el Tribunal que esta acción arbitral está dirigida, únicamente, a procurar una declaración de responsabilidad y una consecuente condena al pago de los perjuicios sufridos por el Distrito, pero no se extiende a los perjuicios sufridos por ACUACAR, a nombre propio.
342. En efecto, la demanda reformada que interpuso la convocante, aclaró que la acción que originaba este Tribunal era interpuesta por ACUACAR en nombre del Distrito de Cartagena, y no por ACUACAR en nombre propio. Es decir, que la actuación de ACUACAR en este trámite arbitral es también adelantada en calidad de mandatario con representación del Distrito; la demanda y sus pretensiones, entonces, eran demanda y pretensiones del Distrito de Cartagena, y no demanda y pretensiones de ACUACAR.
343. Y no podría haber sido de otro modo, pues el pacto arbitral que habilita a este Tribunal de Arbitramento, está contenido en la cláusula compromisoria del Contrato CONSUL-02-BM-2008, del cual es parte el Distrito, pero no ACUACAR.
344. Esta última suscribió dicho contrato como mandatario del Distrito, y presentó la demanda arbitral, y su reforma, invocando la misma calidad. En concordancia con ello, el Tribunal, al asumir su competencia en el Auto N° 12 de este trámite arbitral, dejó en claro que la parte convocante de este proceso arbitral es el Distrito de Cartagena, quien actúa a través de ACUACAR (como mandatario). Pero ACUACAR no es parte de este trámite arbitral, ni existen pretensiones suyas propias, en el mismo.
345. Así se confirma al revisar la redacción de las pretensiones de la demanda reformada, en las que, en todas ellas, se reclaman perjuicios del "Contratante"; entiéndase, de quien tiene la calidad de contratante en el Contrato CONSUL-02-BM-2008, que es el Distrito de Cartagena, y no ACUACAR.

346. Estos razonamientos conducen al Tribunal a la conclusión de que en este trámite arbitral sólo se podrán considerar los perjuicios que hubiere sufrido el Distrito de Cartagena, y no los perjuicios que hubiere llegado a sufrir ACUACAR, en su propio nombre. Respecto de los perjuicios sufridos por ACUACAR derivados del hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de diciembre de 2010, si los hubiere, el Tribunal carece en absoluto de competencia. Adicionalmente, dichos perjuicios no fueron pedidos en la demanda, razón que redundante en la imposibilidad del Tribunal de pronunciarse sobre ellos.
347. Por lo anterior, este Tribunal seguidamente hará referencia al análisis del dictamen pericial financiero rendido por Integra y practicado en debida forma dentro de este proceso, a efectos de poder determinar el monto económico de los perjuicios causados a la parte convocante, es decir, únicamente al Distrito de Cartagena, con ocasión del hundimiento del emisario submarino, en consonancia con el juicio de responsabilidad que se ha valorado a lo largo de este laudo en lo que tiene que ver con las actuaciones y omisiones de Halcrow en la ejecución del Contrato CONSUL-02-BM-2008.
348. En el dictamen pericial financiero, Integra⁴⁰² presenta el valor de los fondos empleados para la culminación del emisario submarino, el origen y el titular de los mismos así :

Transferencia del Distrito de Cartagena...\$14.796.872.670.oo
Garantía bancaria que ingresó a cuentas del proyecto.....\$ 2.985.109.506.oo
Fondos propios de Acucar para rescate, salvamento y
Finalización de construcción del emisario...\$46.069.745.953.oo
Total fondos...\$63.851.728.129.oo

349. En el mismo dictamen, al tratarse el tema del origen de los recursos gastados como consecuencia del hundimiento del emisario submarino, se dice que el Distrito de Cartagena aportó la suma total de catorce mil setecientos noventa y seis millones ochocientos setenta y dos mil seiscientos setenta pesos (\$14.796.872.670.oo), tal como se evidencia en los certificados de disponibilidad presupuestal número 389 del 30 de mayo de 2011, por la suma de diez mil seiscientos noventa y nueve millones ciento cuarenta y cuatro mil trescientos cincuenta y un pesos (\$10.699.144.351.oo) y el certificado de disponibilidad presupuestal número 451 del 2 de agosto de 2011, por la suma de cuatro mil noventa y siete millones setecientos veintiocho mil trescientos diez y nueve pesos (\$4.097.728.319.oo).
350. Según Integra, estos pagos se realizaron desde el encargo fiduciario, cuyos fondos provenían del empréstito con el Banco Mundial, así como también de los recursos de contrapartida del Distrito y de la Nación.⁴⁰³

⁴⁰²Dictamen rendido el 5 de marzo de 2013, respuesta a la pregunta número 9.

⁴⁰³Ver respuesta a la solicitud de aclaración número 8 formulada por la parte convocante, en el dictamen pericial rendido el 31 de mayo de 2013, que corresponde a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por las partes al dictamen pericial rendido por Integra el 5 de marzo de 2013.

351. En cuanto a la determinación de las actividades en que se invirtieron tales recursos, Integra⁴⁰⁴ conceptuó lo siguiente:

“En lo que a determinar expresamente en que se invirtieron los recursos por \$14.796.872.670 el siguiente cuadro da un detalle de los conceptos que componen esa cifra.

CONCEPTO	VALOR
COMPRA DE LA TUBERIA TRANSPORTE Y TRABAJOS METALMECANICOS	8.335.434.255,00
FABRICACION DE LASTRES	747.635.296,00
PREPARACION TUBERIA Y MONTAJE LASTRES	1.138.451.105,00
INSTALACION TUBERIA	2.327.947.186,00
DISEÑO PLAN TRANSPORT	53.238.497,00
ACCESORIOS INSTALACION TUBERIA	597.117.582,00
ALQUILER EQUIPOS	133.189.102,00
ASESORIA TECNICA	100.191.108,00
TRANSPORTES	147.765.541,00
SERVICIOS TECNICOS	69.246.566,00
COMPRA ACERO Y ACCESORIOS	303.105.087,00
DRAGADO/CONCRETO/FORMALETAS	841.530.161,00
PARQUEO EMBARCACION	2.021.184,00
TOTAL	14.796.872.670,00

“Como se mencionó anteriormente estos recursos corresponden al Distrito, y se encontraban asignados al plan maestro de acueducto y alcantarillado, fueron empleados para restituir elementos del emisario, estos recursos estaban amparados con los certificados de disponibilidad presupuestal No. 389 y 451 de mayo 30 y agosto 02 de 2011, respectivamente.”

352. De conformidad con el dictamen de Integra⁴⁰⁵, Acucar registra pagos de costos derivados del hundimiento del emisario submarino con recursos de su tesorería por la suma de cuarenta y seis mil sesenta y nueve millones setecientos cuarenta y cinco mil novecientos cincuenta tres pesos (\$46.069.745.953.00).

353. En conclusión, para este Tribunal es claro que el Distrito de Cartagena pagó con sus propios recursos una parte de los costos en que se incurrió por el hundimiento del emisario submarino por la suma de catorce mil setecientos noventa y seis millones ochocientos setenta y dos mil seiscientos setenta pesos

⁴⁰⁴Ver dictamen pericial del 31 de mayo de 2013, respuesta a la solicitud de aclaración número diez (10).

⁴⁰⁵Dictamen del 31 de mayo de 2013, respuesta a la petición de aclaración número ocho formulada por la parte convocante.

(\$14.796.872.670.00), razón por la cual tiene legitimación en la causa, por activa, para reclamar dicho monto en este proceso arbitral, a título de indemnización.

D. Las pretensiones de actualización e intereses moratorios sobre las condenas.

354. En el escrito de reforma de la demanda, la parte Convocante solicita que se liquiden la indexación y los intereses moratorios sobre el valor de la condena que se imponga a Halcrow.

355. Para resolver las anteriores pretensiones, debe el Tribunal analizar la procedencia de la aplicación de la actualización de precios, así como de la liquidación de intereses moratorios, junto con la determinación correcta y precisa de la tasa de interés a utilizar y la fecha a partir de la cual se hará esa liquidación. Con base en la decisión sobre esos puntos, procederá el Tribunal a hacer la liquidación definitiva de los perjuicios probados dentro de este proceso.

356. Al respecto, en el caso concreto, el Tribunal encuentra que en materia de intereses, en la cláusula 6.5 de las Condiciones Generales de Contratación las partes estipularon que *“Si el Contratante se atrasara más de quince (15) días en los pagos, contados a partir de la fecha de vencimiento indicada en la CEC, deberá pagar intereses al Consultor por cada día de atraso, a la tasa indicada en la CEC”*, lo que conduce al numeral 6.5 de las Condiciones Especiales de Contratación, en las cuales se pactó que *“Si el contratante efectúa un pago con atraso, en el pago siguiente deberá abonar al contratista los intereses sobre el pago atrasado, calculados a la fecha en que debería efectuarse el pago hasta la fecha en que se efectuó el pago atrasado liquidados a la tasa de interés bancario corriente establecida por la Superintendencia Bancaria”*.

357. Es así como, las partes estipularon que la mora se causaría en favor del contratista consultor 15 días después de vencidos los 60 días a la fecha en que se completan los requisitos para el pago de la obligación (factura y documentos soporte), y que la tasa de interés aplicable sería el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera), lo cual implica que no pactaron intereses comerciales moratorios ni tampoco estipularon intereses legales moratorios, sino una tasa especial: el interés corriente bancario.

358. Como se puede observar, el pacto sobre intereses que se encuentra en el contrato entre las partes de este trámite arbitral está concebido únicamente para el evento de un retardo en el pago de la obligación dineraria a cargo del Distrito de Cartagena de Indias y no como una regla general para cualquier aspecto relativo al contrato y su ejecución, con lo cual se evidencia que para los demás casos diferentes de una mora en perjuicio de Halcrow respecto de la contraprestación debida por el Distrito de Cartagena, debe consultarse la normatividad vigente en la materia para efectos de determinar la procedencia y tasa aplicable en caso de un retraso injustificado de una obligación dineraria determinada.

359. Así las cosas, en la medida en que el contrato que origina la presente controversia está sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, es preciso traer a colación el inciso segundo del artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993 que consagra una regla general sobre intereses moratorios en los contratos estatales propiamente dichos, pues como ya se ha expresado, en el presente caso la regla sobre intereses moratorios pactada no se presenta como una premisa general para todas las obligaciones del contrato, sino para el caso específico de mora en el cumplimiento por parte de la convocante y en favor de la convocada.

Así, de acuerdo con la norma en comento, *“sin perjuicio de la actualización o revisión de precios, en caso de no haberse pactado intereses moratorios, se aplicará la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado”*.

360. En este orden de ideas, el Tribunal encuentra que la regla jurídicamente aplicable en materia de intereses moratorios que se llegaren a incorporar en la condena a la parte convocada es la contenida en el Estatuto de Contratación Estatal arriba transcrita y no la contractualmente estipulada, razón por la cual, de ser ello procedente, aplicará la tasa de mora correspondiente al 12% anual, por tratarse del doble del interés consagrado en el artículo 1.617 del Código Civil para obligaciones dinerarias, según el cual, *“El interés legal se fija en el 6% anual”*.

361. No obstante lo anterior, el Tribunal encuentra que en el caso concreto, el perjuicio reclamado por el Distrito de Cartagena de Indias, en calidad de convocante en el presente proceso y que se declara en esta providencia, no deriva de manera directa de una obligación dineraria pendiente de pago por parte de la convocada que cumpla con los requisitos de ser clara, expresa y exigible desde un momento anterior al presente laudo arbitral, sino que al tratarse de una controversia que solamente se entiende resuelta con la decisión del juzgador de la causa, tal obligación se tiene plenamente configurada a partir de la declaración y condena a Halcrow en esta decisión judicial. Es decir, que no se trata de una obligación que existiera antes de la expedición del presente laudo arbitral en tanto que la decisión no implica el reconocimiento de una deuda anterior, sino que se traduce en una decisión constitutiva y, por lo mismo, solo existe la obligación de pago a partir de la firmeza del mismo.

362. En consecuencia, no es procedente la solicitud de la parte convocante de reconocimiento y pago de intereses moratorios sobre el valor invertido en la reparación del daño acaecido, sino únicamente la correspondiente actualización del mismo como reconocimiento de la pérdida del poder adquisitivo del dinero en el tiempo. Sobre el tema de la indexación, ha expresado el Consejo de Estado recientemente:

Para la ciencia económica, la indexación se entiende como el procedimiento por medio del cual se aplica la modalidad de mantener constante en el tiempo el valor de compra en toda transacción, compensándola a la misma de manera directa o indirecta.

Generalmente se aplica a instancias de la corrección de los precios de determinados productos de consumo, salarios, tipos de intereses, entre otros, con la misión y propósito de equilibrarlos y acercarlos al alza general de precios. En estos eventos, la indexación a aplicar será el resultado de la medición de un índice como, por ejemplo, el costo de vida o, en su defecto, el precio del oro o la devaluación de la moneda.

En este sentido, el propósito de la indexación es uno: mantener el valor o poder adquisitivo constante de la moneda en razón de la depreciación que ha sufrido por el paso del tiempo.

La indexación o corrección monetaria no tiene por finalidad incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, es decir, traerlo a valor presente⁴⁰⁶.

363. Es así como la indexación o actualización de precios no implica un aumento en la condena a cargo de la parte convocada, sino el ejercicio económico de traer a valor presente el valor de las erogaciones efectuadas por la parte convocante y que dan lugar a la condena. En ese orden de ideas, el deber de actualizar es una obligación del Tribunal al momento de liquidar la condena, como lo ordena explícitamente el artículo 178 del CCA (norma que es aplicable al presente arbitraje por la presencia de una entidad estatal y por la fecha en que inició el presente trámite), en los siguientes términos:

ARTICULO 178. AJUSTE DE VALOR. La liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor.

364. En todo caso y sin perjuicio de la indexación o actualización, el Tribunal advierte que se causarán intereses moratorios en favor de la parte convocante en caso de que la convocada no proceda a efectuar el pago equivalente a la condena dentro del término legal para el efecto, en los términos del artículo 1608 del Código Civil y del artículo 4-8 de la Ley 80 de 1993, en concordancia con el artículo 177 del CCA y la sentencia C-188 de 1999, esto es, que se causan intereses comerciales moratorios a partir del día siguiente a la firmeza del presente laudo arbitral.

365. De acuerdo con lo anterior, este Tribunal, siguiendo la fórmula tradicionalmente utilizada por el Consejo de Estado –Valor Histórico * Factor IPC (IPC Final/IPC Inicial) –, calculará la indexación mencionada desde la fecha de los desembolsos efectuados por ACUACAR, cuya fuente fueron los recursos aportados por el Distrito de Cartagena, aplicando el Índice de precios al consumidor (IPC) publicado por el DANE (último índice publicado mayo de 2014). En consecuencia, el valor de la indexación en el IPC de la suma aportada por el Distrito de Cartagena de Indias (\$14.796.872.670) desde la fecha desembolso hasta el 9 de junio de 2014, fecha del presente Laudo Arbitral, asciende a la suma de mil ciento sesenta y cuatro millones ochocientos setenta y seis mil doscientos once pesos (\$1.164.876.211.00), como se observa en el siguiente cuadro:

⁴⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia de 30 de mayo de 2013, expediente 25000-23-24-000-2006-00986-01

VALOR TOTAL	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	IPC INICIAL	IPC FINAL ULTIMO PUBLICADO MAY2014	FACTOR IPC	ACTUALIZACION EN EL IPC	Vr. ACTUALIZADO EN EL IPC
237.186.842	jun-11	jun-14	107,90	116,81	1,0826	19.586.050	256.772.892
1.909.074.433	jul-11	jun-14	108,05	116,81	1,0811	154.775.493	2.063.849.926
1.297.056.998	ago-11	jun-14	108,01	116,81	1,0815	105.676.341	1.402.733.339
10.522.598.183	sep-11	jun-14	108,35	116,81	1,0781	821.607.574	11.344.205.757
830.956.214	oct-11	jun-14	108,55	116,81	1,0761	63.230.754	894.186.968
14.796.872.670						1.164.876.211	15.961.748.881

366. Así las cosas el valor de los recursos aportados por el Distrito Actualizados en el IPC a junio 9 de 2014, asciende a \$15.961.748.881

VALOR TOTAL	ACTUALIZACION EN EL IPC	Vr. ACTUALIZADO EN EL IPC
14.796.872.670	1.164.876.211	15.961.748.881

 INFORMACIÓN ESTADÍSTICA

Colombia, Índice de Precios al Consumidor (IPC)
Indices - Serie de empalme
1999 - 2014

Base Diciembre de 2008 = 100,00

	1999	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Enero	53,34	57,74	62,64	67,26	72,23	76,70	80,87	84,56	88,54	93,85	100,59	102,70	106,19	109,96	112,15	114,54
Febrero	54,24	59,07	63,83	68,11	73,04	77,62	81,70	85,11	89,58	95,27	101,43	103,55	106,83	110,63	112,65	115,26
Marzo	54,75	60,08	64,77	68,59	73,80	78,39	82,33	85,71	90,67	96,04	101,94	103,81	107,12	110,76	112,88	115,71
Abril	55,18	60,68	65,51	69,22	74,65	78,74	82,69	86,10	91,48	96,72	102,26	104,29	107,25	110,92	113,16	116,24
Mayo	55,45	60,99	65,79	69,63	75,01	79,04	83,03	86,38	91,76	97,62	102,28	104,40	107,55	111,25	113,48	116,81
Junio	55,60	60,98	65,82	69,93	74,97	79,52	83,36	86,64	91,87	98,47	102,22	104,52	107,90	111,35	113,75	
Julio	55,77	60,96	65,89	69,94	74,86	79,50	83,40	87,00	92,02	98,94	102,18	104,47	108,05	111,32	113,80	
Agosto	56,05	61,15	66,06	70,01	75,10	79,52	83,40	87,34	91,90	99,13	102,23	104,59	108,01	111,37	113,89	
Septiembre	56,24	61,41	66,30	70,26	75,26	79,75	83,76	87,59	91,97	98,94	102,12	104,45	108,35	111,69	114,23	
Octubre	56,43	61,50	66,43	70,66	75,31	79,75	83,95	87,46	91,98	99,28	101,98	104,36	108,55	111,87	113,93	
Noviembre	56,70	61,71	66,50	71,20	75,57	79,97	84,05	87,67	92,42	99,56	101,92	104,56	108,70	111,72	113,68	
Diciembre	57,00	61,99	66,73	71,40	76,03	80,21	84,10	87,87	92,87	100,00	102,00	105,24	109,16	111,82	113,98	

* Entre octubre de 2006 y septiembre de 2007 se realizó la Encuesta de Ingresos y Gastos en el macro de la Gran Encuesta Integrada de Hogares, teniendo una cobertura de 42733 hogares para las 24 principales ciudades del país, lo cual permitió determinar cambios en los hábitos de consumo y la estructura del gasto de la población colombiana. Con los resultados de esta encuesta, bajo el trabajo de un grupo interdisciplinario de especialistas y la asesoría de la entidad estadística del Canadá, se desarrollo una nueva metodología para calcular el IPC, que es aplicada a partir de enero de 2009. Se creó una nueva canasta con una estructura de dos niveles, uno fijo y uno flexible, que permite actualizar la canasta de bienes y servicios, por cambios en el consumo final en un período relativamente. Además de la ampliación de la canasta, el nuevo IPC-08 amplió su cobertura geográfica a 24 ciudades.

Fuente: DANE

367. Por lo tanto, el valor total de la condena que impondrá este Tribunal de Arbitramento asciende a la suma de **QUINCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y UN PESOS (\$15.961.748.881.00).**

E. Los pagos hechos con recursos de tesorería de Acucar para culminar la obra del Emisario Submarino y sus efectos jurídicos.

368. En cuanto a los pagos hechos con recursos de la tesorería de Acucar, la parte convocante en su alegato de conclusión señala que:

“Se invirtieron adicionalmente más de \$42.000 millones de pesos, asignados de manera temporal al proyecto con recursos de tesorería de ACUCAR los cuales se deberán rembolsar con intereses por el Distrito, los cuales fueron cuantificados y establecidos en el peritazgo contable.

“Se ha dejado presente que la naturaleza de la utilización de los recursos temporales de tesorería ACUCAR son reembolsables, ya que en su contabilidad no podía haber registrado una cuenta por

cobrar a EDT ni a HALCROW GROUP LIMITED ni a cualquier otro responsable, en razón a que el contratante y propietario de la obra del Emisario Submarino, es el DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS, además que estas obligaciones desde el punto de vista legal, sólo pueden registrarse como deudas si tienen un título que provenga del deudor o de autoridad con potestad coactiva, como puede ser un juez o quien cumpla o esté investido de la misma mediante fallo ejecutoriado con la obligación determinada de manera, clara, expresa y exigible. De igual forma a los proveedores de bienes y servicios necesarios para restituir la integridad no se les podía exigir que tenían que esperar a las resultas de los procesos o que su crédito iba a estar garantizado contra la deuda de los contratistas en las cuentas del Proyecto, por lo que era necesario utilizar recursos de tesorería de ACUACAR”.

369. Este Tribunal no accederá a condenar por concepto de los dineros pagados por Acucar tras el hundimiento del Emisario Submarino para culminar dicho proyecto, a título de perjuicios, por cuanto, como ya se manifestó, ACUACAR registra pagos de costos derivados del hundimiento del emisario submarino con recursos de su tesorería por la suma de cuarenta y seis mil sesenta y nueve millones setecientos cuarenta y cinco mil novecientos cincuenta tres pesos (\$46.069.745.953.00), es decir, recursos propios de esa empresa, y no recursos del Distrito de Cartagena. Y ya se ha manifestado, desde el auto mediante el cual se asumió competencia, que ACUACAR no es parte dentro de este proceso arbitral y por tanto no estaría legitimada para reclamar perjuicios en este proceso.

370. Tampoco encuentra el Tribunal sustento alguno, ni probatorio ni jurídico, para sostener, como lo hace la convocante, que los dineros aportados por ACUACAR para terminar la obra el Emisario Submarino son recursos “temporales” de tesorería, de carácter reembolsable. En efecto, no existe prueba alguna de que dichos recursos aportados por ACUACAR para terminar la obra del Distrito de Cartagena hayan sido entregados a título de mutuo, comodato, o a cualquier otro título que implicara la obligación del Distrito de restituirlos o reembolsarlos a ACUACAR.

371. Pero esta circunstancia obliga al Tribunal a referirse a los efectos jurídicos que tiene ese pago efectuado por Acucar, en aras de terminar con las actividades de construcción, transporte e instalación del emisario submarino, de tal manera que quedara habilitado para su funcionamiento.

Como se trata del pago hecho por Acucar (tercero no deudor) de los perjuicios ocasionados en virtud del accidente del emisario submarino, que, según ya hemos visto, fueron causados por Halcrow, es importante resolver el siguiente problema jurídico: ¿El pago hecho por un tercero de los daños que ha soportado la víctima en materia de responsabilidad civil, exonera de responsabilidad al autor del daño?

372. Debido a la complejidad que encierra, este interrogante ha sido abordado, de manera puntual, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia colombiana. Javier Tamayo Jaramillo⁴⁰⁷, quien, luego de hacer una presentación del asunto, concluye con el siguiente planteamiento:

⁴⁰⁷ Tratado de responsabilidad civil, tomo II, Editorial Legis, 2007, p.614

“Ahora, una cosa es cierta: el responsable del daño sigue estando obligado a pagar la indemnización de la víctima (más adelante veremos a quien se la paga) mientras el tercero que le pagó a esta no haya pagado con la intención de extinguir la deuda indemnizatoria del responsable. Pero al mismo tiempo, es indispensable tener en cuenta que el responsable del daño no podrá ser obligado a indemnizar dos veces el mismo daño. La aclaración parece superflua, pero lo cierto es que, a menudo, tanto el tercero que pagó la prestación a la víctima, como ésta misma, demandan al responsable, quien se ve abocado a enfrentar dos procesos y a correr el riesgo de indemnizar dos veces el mismo daño”.

373. Más adelante el mismo autor describe las diferentes situaciones jurídicas que se pueden presentar entre las partes, si un tercero paga a la víctima del daño la prestación correspondiente, de manera total o parcial. En cuanto a la situación del tercero responsable de los perjuicios causados, el autor mencionado destaca que la reparación que la víctima recibe del tercero⁴⁰⁸ *“...no puede beneficiar al responsable de dicho daño, pues ello contribuiría a su impunidad, lo que a todas luces riñe con los principios jurídicos de extinción de las obligaciones y de equidad. Ello significa que, bajo ese parámetro general, el responsable del daño debe indemnizar, bien sea a la misma víctima, bien al tercero que pagó a ésta el seguro, la pensión o cualquier otra prestación tendiente a deshacer el hecho material del perjuicio causado. La ley determina a quien le corresponde reclamar dicha indemnización”.* Y agrega que *“la explicación de esta premisa radica en que quien pagó la prestación a la víctima asegurada no estaba extinguiendo la deuda reparadora del responsable. Estaba extinguiendo su propia deuda o, simplemente, teniendo un acto de benevolencia en favor de la víctima y no del responsable. Es decir, al producirse el pago del seguro o la liberalidad para con la víctima, la obligación del responsable no se extingue y, entonces, debe averiguarse quién es el titular de esa acción en responsabilidad contra el tercero causante del daño.”*⁴⁰⁹

374. Seguidamente el autor plantea algunos casos excepcionales en que el pago hecho por un tercero a la víctima sí tiene por finalidad extinguir la obligación del responsable, razón por la cual éste se libera de cualquier acción indemnizatoria posterior, sea de la víctima o de quien pagó a ésta y presenta como ejemplos los seguros de responsabilidad civil, la responsabilidad por accidentes de trabajo y cuando el tercero paga a la víctima la indemnización, a nombre del responsable, que equivale a la figura del pago por un tercero.⁴¹⁰

375. Por otro lado, el mismo autor⁴¹¹ formula una interesante diferencia entre la indemnización proveniente del contrato de seguros y la derivada de los daños generados por responsabilidad civil,⁴¹² en los siguientes términos :

“..., el concepto de indemnización ha sido equivocadamente utilizado en muchas oportunidades por la doctrina, la ley y la jurisprudencia, sin advertir que desde el punto de vista de la extinción de las obligaciones, dicho término tiene un significado diferente en materia de seguros de un lado, y en

⁴⁰⁸ No autor del daño

⁴⁰⁹ Obra citada, p.616

⁴¹⁰ Situaciones éstas que para nada encajan en el tema que aborda este Tribunal

⁴¹¹⁴¹¹ Obra citada, p.631

⁴¹² La cual es procedente aplicar en este caso, por cuanto se trata del pago o reparación a la víctima, por parte de un tercero que no es el responsable del perjuicio.

materia de responsabilidad civil por el otro. Inclusive, según se verá más adelante, aún dentro de la teoría del contrato de seguro, el carácter indemnizatorio de los seguros de daños es discutible.

“Para nosotros la indemnización no se produce por el simple hecho de que la víctima remplace o repare el bien físico o personal que ha sido afectado por el responsable. En materia de responsabilidad civil, la indemnización consiste en la extinción mediante pago, de la obligación del causante del perjuicio. Si esta obligación es extinguida por el responsable o por un tercero en nombre de ese responsable, según lo ya visto, entonces cabe hablar de que la víctima ha sido indemnizada. Sostener que el pago voluntario o contractual hecho por un tercero a la víctima sin intención de extinguir la obligación del responsable constituye la indemnización del perjuicio causado por éste, es no comprender la entidad jurídica del daño ilícito. En efecto, en materia de responsabilidad civil, por daño debe entenderse el atentado a la facultad jurídica que tiene una persona frente a un bien patrimonial o extrapatrimonial. Cuando esa facultad jurídica se ha visto alterada, por la actuación lesiva del responsable nace en cabeza de la víctima la acción indemnizatoria frente al causante del daño.

“El hecho de que por causa de otra obligación contractual o legal, o de la liberalidad de un tercero, se entregue a la víctima un bien similar al destruido no significa que desde el punto de vista de las relaciones entre la víctima asegurada y el responsable, la indemnización del daño causado se ha realizado. Desde el ángulo de la responsabilidad civil, solo indemniza aquella prestación que, valga la redundancia, extingue la obligación de indemnizar que únicamente está en cabeza del responsable...”.

(...)

“Por tanto, si de hecho, la víctima, al recibir una prestación de un tercero diferente al responsable, incorpora a su patrimonio un bien similar al que fue destruido por el responsable, ello no significa que desde el punto de vista de la responsabilidad civil, la indemnización se ha cumplido. En consecuencia, la obligación a favor de la víctima subsiste, a no ser que haya norma expresa, diferente de la subrogación legal del código civil, que traspase al tercero que pagó su propia deuda los derechos del perjudicado frente al autor del hecho ilícito.”

376. En este caso, si se aceptara, por vía de discusión, que las erogaciones hechas por Acuacar (tercero no responsable del accidente) extinguieron la obligación indemnizatoria de Halcrow frente al Distrito de Cartagena, nos encontraríamos con la situación de que la convocada se beneficiaría de un pago no realizado por ella, sin que Acuacar disponga de mecanismos jurídicos para recuperar el pago efectuado, por cuanto en este caso no existe subrogación legal⁴¹³ ni convencional.⁴¹⁴

377. Ahora bien, este Tribunal debe analizar jurídicamente el anterior aspecto, desde el punto de vista de los efectos que tiene el pago de los perjuicios hecho por un tercero, frente a la víctima de los mismos y frente al causante del daño.

⁴¹³ Al no existir norma expresa que la contemple

⁴¹⁴ Por cuanto El Distrito de Cartagena y Acuacar en los diferentes negocios jurídicos celebrados luego del accidente del emisario submarino la contemplaron o pactaron.

La parte convocada ha planteado en este proceso que El Distrito de Cartagena no tiene legitimación en la causa para reclamar perjuicios en este proceso, porque no fue quien pagó los daños derivados del hundimiento del emisario submarino, sino que lo hizo Acuacar y ésta sociedad dejó indemne a dicho ente territorial.

378. En otras palabras, plantea que Acuacar ha declarado indemne al Distrito de Cartagena de los perjuicios sufridos como consecuencia del hundimiento del emisario submarino y de paso ha asumido de manera voluntaria el pago de dichos perjuicios, de manera que se puede considerar extinguida la obligación indemnizatoria nacida en virtud de la responsabilidad civil que pudiera imputársele a los responsables de esos hechos que condujeron al colapso del emisario submarino.
379. Con base en este enunciado, el Tribunal tratará de resolver el siguiente problema jurídico: ¿El pago hecho por un tercero de los daños que ha soportado la víctima en materia de responsabilidad civil, exonera de responsabilidad al autor del daño
380. Si partimos del presupuesto que Acuacar pagó con sus propios recursos la suma de cuarenta y seis mil sesenta y nueve millones setecientos cuarenta y cinco mil novecientos cincuenta tres pesos (\$46.069.745.953.00), por concepto de costos de los perjuicios derivados del hundimiento del emisario submarino, tal como lo evidencia el dictamen pericial rendido por Integra, es preciso ahora definir, cuales son las consecuencias de dicho pago frente al presente proceso y en las relaciones de Acuacar con el Distrito de Cartagena y con Halcrow, teniendo en cuenta que el Distrito de Cartagena ha reclamado en este proceso la totalidad de los perjuicios ocasionados, en que obviamente se encuentra incluida dicha suma
381. Si se toma en consideración que la relación obligacional derivada del contrato de interventoría, se dio entre el Distrito de Cartagena, representada por Acuacar, y Halcrow, tal como lo hemos concluido a lo largo de este laudo, sin lugar a dudas el pago hecho por Acuacar de parte de los perjuicios causados por el hundimiento del emisario submarino, es un clásico pago hecho por un tercero, ajeno a esa relación contractual, más concreta y precisamente a esa responsabilidad contractual
382. Ello obliga a este Tribunal a determinar cuáles son las consecuencias derivadas de dicho pago frente a las pretensiones de la demanda. No hay duda alguna que habiendo realizado Acuacar los pagos por concepto de perjuicios, es claro que el Distrito de Cartagena queda satisfecho como acreedor, razón por la cual no podría reclamarlos nuevamente frente al responsable del accidente en que se hundió el emisario submarino; en ese sentido, no tendría el Distrito de Cartagena legitimación activa para reclamar ese pago posteriormente a Halcrow, o a quien resultare responsable del hundimiento del Emisario Submarino
383. Entonces surge la pregunta de si Acuacar, al asumir como tercero el pago de la obligación indemnizatoria, estaría, a su vez, tomando, de manera automática, la vocación o legitimación para reclamar el importe de ese pago y sus accesorios frente a Halcrow ; la respuesta es negativa, por cuanto no se dio en este caso un fenómeno de subrogación, entendida ésta como "...la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero,

que le paga”, que en este caso sería la transmisión de los derechos del Distrito de Cartagena a Acuacar por el hecho del pago realizado

384. En efecto, en este caso no se ha producido subrogación legal, por cuanto el asunto que nos ocupa no encaja en ninguno de los casos plasmados por el artículo 1668 del Código Civil y normas concordantes o complementarias, así como tampoco se ha generado una subrogación convencional, por cuanto no existe un pacto entre el acreedor (Distrito de Cartagena) y el tercero (Acuacar), en que al recibir el pago de los perjuicios provenientes de ésta última, le transmite voluntariamente todos los derechos y acciones que le corresponden como acreedor, frente a Halcrow, tal como lo señala el artículo 1669 del Código Civil; en efecto, ello no se evidencia en el acuerdo de arreglo directo suscrito entre el Distrito de Cartagena y Acuacar, ni en ningún otro documento suscrito entre las partes.
385. Entonces, si no hay pago con subrogación, entonces qué efectos o consecuencias tiene el pago hecho por Acuacar? El Tribunal considera que la respuesta a este interrogante se encuentra en las normas que regulan el pago hecho por terceros, pues tales normas son las que regulan las relaciones que se suscitan entre el sujeto que pagó, sin ser deudor, y el deudor.
386. El maestro Fernando Hinestrosa⁴¹⁵, al tratar el tema del pago por un tercero, aborda el asunto con la siguiente presentación general:

“Dando por sentado que el acreedor satisfecho pierde toda pretensión frente al deudor, es del caso rastrear las relaciones que se pueden dar entre el sujeto que pagó sin ser deudor y el deudor. Lo primero que hay que puntualizar es que si el pagador, denominado tercero (respecto del acreedor) por el simple hecho de no ser el deudor ni alguien que procedió a nombre y por cuenta de éste por representación legal, orgánica o con poder otorgado al efecto (arts. 1505, 481, 2142, 2158 y 2149 C.C.; 832 y 1262 C.Co.) tiene frente a él efectivamente esa calidad, o si, por el contrario, fue alguien encargado, delegado, diputado, comisionado al efecto por el deudor, caso en el cual su ejecución declarando esa condición comporta la extinción de la deuda, con la consiguiente liberación del deudor y de los garantes y en lo que respecta a sus relaciones con el deudor (dominus) éstas se regirán y habrán de liquidar de acuerdo con las pautas propias de la figura recorrida y conforme a la intimidad del nexo.

“Siendo el pagador un verdadero tercero, esto es, alguien que no obra por cuenta del deudor, sino por cuenta propia, es preciso examinar en qué condiciones actuó, para entonces encasillar su situación dentro de uno de los varios supuestos de hecho normativos y concluir cuales son los efectos que le asigna el ordenamiento...”

387. Más adelante, el mismo autor, al tratar el tema puntual del pago sin el asentimiento del deudor⁴¹⁶,

⁴¹⁵ Tratado de las Obligaciones. Concepto, estructura vicisitudes, tomo I, Ed. Universidad Externado de Colombia, p.571

⁴¹⁶ Obra citada, p.572

expresa lo siguiente:

“La segunda hipótesis es la del tercero que paga sin el consentimiento del deudor, a sus espaldas o contando con su indiferencia. “El que paga sin el conocimiento del deudor” es la previsión normativa (art.1631 C.C.) que no ha de tomarse al pie de la letra, pues el supuesto abarca también el caso del deudor que, enterado de la iniciativa del deudor, no toma partido frente a ella. Lo importante es, para contrastar este factum normativo con el de la tercera eventualidad, que el deudor no se oponga a la intervención del tercero.

“Entonces, la obligación se extingue, y el tercero simplemente tendrá contra el deudor-dominus una acción de reembolso de lo pagado, como corresponde a su negotiorum gestio; no se entenderá, pues subrogado en los derechos del acreedor y tampoco puede compelerlo a que le ceda su derecho. Es decir, ni subrogación, ni cesio legis, solo reembolso (art.1631 C.C.)”.

388. En efecto, según el artículo 1631 del Código Civil “El que paga sin el conocimiento del deudor no tendrá acción sino para que éste le reembolse lo pagado; y no se entenderá subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue”, lo cual quiere decir que el presente proceso no es el escenario propicio y adecuado jurídicamente para que Acuacar reclame sus perjuicios contra los responsables del hundimiento del emisario submarino, y en particular contra Halcrow, sino a través de la acción de reembolso, pues se considera que este pago configura una nueva obligación, cuyo acreedor es Acuacar (quien pagó como tercero) y cuyo deudor sería o serían los sujetos de derecho que se persigan como responsables del colapso del emisario submarino.

389. La jurisprudencia y la doctrina entienden en el mismo sentido expresado el contenido de la norma transcrita. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 25 de junio de 1945, expresó :

“El pago que un tercero hace por el deudor puede ser de tres maneras: 1ª) Con la voluntad expresa o tácita del deudor, en cuyo caso el que paga queda subrogado, por ministerio de la ley, y aun contra la voluntad del acreedor, en todos los derechos de éste, es decir, en todas sus acciones, privilegios, prendas e hipotecas (C.C. arts. 1630 y 1668, Ord. 5º); 2ª) Sin el conocimiento del deudor, y en este caso el que paga no se entiende subrogado por la ley en el lugar y derechos del acreedor, ni podrá compeler al acreedor a que le subrogue. El que paga en estas condiciones sólo pretende liberar al deudor, extinguir la deuda; y eso no ocurriría si mediara subrogación, porque en virtud de ésta el tercero que paga queda en el lugar del acreedor y puede ejercer contra el deudor la misma acción que tenía el acreedor primitivo, con todos sus privilegios e hipotecas. Para que haya subrogación, es menester que el deudor consienta, expresa o tácitamente en el pago que hace el tercero. No mediando conocimiento del deudor, el tercero que paga por él no puede entablar como aquél la acción correspondiente a la obligación extinguida por su pago; pero tiene derecho para que el deudor le reembolse lo pagado: tiene la nueva acción como negotiorum gestor por haber desempeñado un negocio del deudor (C.C. art. 2313). Este derecho es para el simple reembolso de la suma pagada al

acreedor, y 3ª) *Contra la voluntad del deudor. En este caso el que pagó tiene derecho a que el deudor le reembolse lo pagado, a no ser que el acreedor le ceda voluntariamente su acción (C.C. art. 1632). Este es un caso especial de excepción, porque en principio, el que paga por otro tiene recurso contra el deudor liberado*".

390. Más recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia,⁴¹⁷ expresó respecto al pago hecho por un tercero lo siguiente:

*"Ahora bien, que el pago pueda ser efectuado por un tercero no solo es una posibilidad jurídica admitida legalmente, sino que se consagran medidas tendientes a protegerlo patrimonialmente, tanto que en determinadas hipótesis no obstante ser ajeno a la obligación que le sirve de causa ingresa como sujeto activo, por vía del "pago con subrogación", por el cual se le trasfiere, **ope legis**, la posición del acreedor, como ocurre cuando "paga una deuda ajena, consintiéndolo expresa o tácitamente el deudor" (art. 1668, numeral 5º, del C. Civil).*

Y si el tercero paga a espaldas del deudor o inclusive contra su voluntad, tiene acción para pedir al deudor el correspondiente reembolso, a condición, sólo en último caso, de que la gestión le hubiere sido efectivamente útil al deudor, "y existiere la utilidad al tiempo de la demanda, por ejemplo, si de la gestión ha resultado la extinción de una deuda que, sin ella, hubiere debido pagar el interesado", según se deduce de lo dispuesto en el artículo 2309 del C. Civil."

391. El anterior planteamiento no se desvirtúa por la circunstancia de que el Distrito de Cartagena y Acuacar hayan celebrado acuerdos posteriores al hundimiento del emisario submarino en los que determinan metodologías o procedimientos para el cobro de los dineros gastados por Acuacar y hayan convenido reglas contables en ese sentido.

392. En efecto en la cláusula cuarta del segundo acuerdo de rendición de cuentas firmado entre el Distrito de Cartagena y Acuacar, el 10 de abril de 2013, se convino que:

"Los \$42.237.565.260.00 son fondos de los cuales Acuacar dispuso temporalmente en el año 2011 y 2012 a favor del Proyecto con el fin de lograr la restitución del Emisario Submarino de acuerdo de la Primera Rendición de Cuentas y al "ACUERDO DE ARREGLO DIRECTO DE RECLAMACION DEL DISTRITO TURISTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS CON OCASIÓN DEL INCIDENTE DEL EMISARIO SUBMARINO", deben ser restituida a Acuacar. Hoy en día existen unas cuentas por cobrar a los contratistas responsables, así mismo procesos de responsabilidad contra ellos, un fallo declarando la responsabilidad del contratista Consorcio EDT, contratista Halcrow y el transportista OTM por parte de la Capitanía de Puertos y un embargo por parte de la Contraloría Distrital contra el contratista Consorcio EDT y el contratista Halcrow por más de 60 mil millones de pesos, lo mismo que un llamamiento a juicio fiscal a estos contratistas.

⁴¹⁷Sentencia del 23 de abril de 2003, con ponencia del Magistrado Silvio Fernando Trejos Bueno

“Ello teniendo en cuenta lo conceptuado por la Contraloría Distrital de Cartagena en el auto de imputación de cargos de fecha diciembre de 2012.⁴¹⁸ Una vez se culminen los procesos, de los valores recuperados se dispondrá inmediatamente y de forma directa en un monto equivalente a aquel que fue aportado por Acuacar en su momento para asumir temporalmente los pagos a terceros que laboraron para el proyecto a través de la restitución del Emisario submarino. Estos valores asumidos temporalmente tanto en la restitución como en la recuperación e inspección de la tubería se cancelarán con intereses. Para tal fin los dineros deberán ser ingresados a las cuentas del proyecto y autorizado su pago inmediato. Para tal fin se fondearán estos recursos en las subcuentas que se vienen manejando en el Proyecto, de existir en ese momento las mismas subcuentas”.

393. Además, en la cláusula quinta de la misma segunda rendición de cuentas, el Distrito de Cartagena y Acuacar, acordaron que:

“Una vez finalizados los procesos en que se reclaman los valores en que se incurrió para la construcción y restitución del Emisario Submarino, si se recuperan efectivamente fondos se realizarán las operaciones descritas anteriormente con el fin de dejar en ceros los saldos que reposan en cuentas por cobrar a contratistas en las cuentas del proyecto. Si estos valores no fueren suficientes para cubrir estos valores invertidos temporalmente, las partes de común acuerdo, conforme a la ley y a los acuerdos que sobre la materia hayan suscrito a la fecha, de forma definitiva dispondrán sobre los mismos. En tal momento se deberá realizar una última rendición de cuentas definitiva y liquidar las cuentas del proyecto”

394. Es claro para este Tribunal, entonces que la intención de Acuacar siempre ha sido recuperar los dineros invertidos en las obras de recuperación del emisario submarino, con las respectivas acciones judiciales de todo tipo que se adelantan contra los supuestos responsables del hundimiento del emisario submarino.

⁴¹⁸Es claro entonces que no existe una indemnización por parte de Acuacar al Distrito, ni asume responsabilidades diferentes a las que se comprometen ambas, donde unos límites de inversión adicionales al Distrito y la iniciación de acciones con el fin de lograr la consecución de recursos de terceros. El concepto de indemnidad está circunscrito a que el Distrito de Cartagena no dispondrá de mayores recursos a los inicialmente previstos. Determina que se utilicen los mecanismos del contrato de obra para culminar la obra y que no quede inconclusa, se le cobran al contratista posteriormente. Se dice en el documento que mientras se adelantan los procesos judiciales contra los responsables no se debe dejar inconclusa la obra. El compromiso es de restitución de la integridad del tubo emisario, no es una asunción de responsabilidad por parte de Acuacar, no determina cifra alguna a su cargo, ni un plazo, no se asumen responsabilidades por lo que no se puede derivar o pretender derivar que este acuerdo es una indemnización con ocasión del incidente emisario, que cubra los daños causados por el contratista o por el interventor, que libere de responsabilidad patrimonial a los causantes del mismo. Ahora, tampoco es liberador para Acuacar, ya que en parte alguna asume la responsabilidad sobre el incidente, ni legal ni un compromiso patrimonial específico e incondicional frente al incidente o sus efectos patrimoniales como se vió. Es una obligación de medios frente a la restitución de la integridad del tubo que comparte con el mismo Distrito. En el evento de ser necesarias las inversiones directas por parte de Acuacar, las condiciones a su estabilidad económica y financiera, siendo una obligación de no dejar la obra inconclusa mientras se gestionan las reclamaciones ante los responsables y adelantar conjuntamente la defensa judicial frente a ellos. Es entre ambas partes, condicional y no es oponible por o a terceros, en relación a su origen, el mandato”.

395. Esa es la razón por la cual, en la cláusula sexta del mismo documento que se analiza, las partes convienen que los bienes adquiridos con los fondos que Acuacar dispuso temporalmente para el emisario submarino, se deben activar en el Distrito de Cartagena aplicando las reglas derivadas de la ley 142 de 1994 y la incorporación sin situación de fondos; para tal fin se recibe la obra y se incorpora a los activos del Distrito y se le entrega a Acuacar para lo de su competencia de acuerdo al contrato GISAA y se deja abierta la puerta para una rendición de cuentas definitiva contra concluyan las reclamaciones contra los contratistas incumplidos.⁴¹⁹

396. De allí que en el dictamen pericial de Integra⁴²⁰ se haya conceptualizado sobre este particular así :

“En lo que se refiere a establecer porqué se puede incluir en las cuentas del proyecto las cuentas por cobrar a cargo de los contratistas, debemos indicar que el haberlas incluido fue una decisión administrativa, la que en opinión del perito debió tomarse con base en la expectativa de realización de esas cuentas, es decir si las mismas se consideraban o no cobrables.

La contabilidad del proyecto arroja un saldo por cobrar a contratistas de “cero” por cuanto las cifras que se han contabilizado como tal están provisionadas en el 100% de su valor.

El rubro contable para registrar las mejoras en propiedades ajenas contemplado en el Plan General de Contabilidad Pública, es la cuenta “1915” denominada OBRAS Y MEJORAS EN PROPIEDADES AJENAS”.

397. Una vez analizado el contenido general y completo de este dictamen, el Tribunal le otorga valor probatorio pleno, por la calidad, firmeza y precisión de sus fundamentos. Integra respondió con precisión y claridad todas las preguntas que le fueron formuladas por las partes y que de oficio decretó este Tribunal.

398. Igualmente ha tenido en cuenta la idoneidad de los peritos, que sin lugar a dudas ilustraron a este Tribunal sobre los exámenes e investigaciones efectuados y con la explicación de los fundamentos de sus conclusiones.

399. En efecto al responder a la petición de aclaración número uno sobre la experiencia de Integra y de las personas que realizaron el dictamen, esta firma respondió y demostró que tiene amplia experiencia en los campos de auditoria, servicios contables forenses, elaboración de debidas diligencias (*due diligence*) y como perito en Tribunales de Arbitramento, para lo cual describió diversidad de actividades, que se encuentran consignadas allí.

400. En lo que respecta a la experiencia y preparación de las personas que intervinieron en el desarrollo del dictamen, dicha firma presentó un resumen de sus hojas de vida, así : Luis Alexander Urbina Ayure es Contador Público especialista en Impuestos de la Universidad Externado de Colombia, con más de 20 años de experiencia en auditoria y revisoría fiscal, se ha desempeñado como revisor fiscal (s), de la Universidad Libre

⁴¹⁹Según se lee en la cláusula séptima del “Acuerdo de aceptación de segunda rendición de cuentas voluntarias y previas, arreglo directo y activación del emisario submarino de Punta Canoas” de fecha 10 de abril de 2013.

⁴²⁰Respuesta a la petición de aclaración número vigésima primera del dictamen rendido el 31 de mayo de 2013 por Integra.

de Colombia integrada por siete seccionales a nivel país, Revisor Fiscal Fundación Terranova, Revisor Fiscal Álcalis de Colombia, se ha desempeñado como Perito Financiero y contable en más de 30 Tribunales de Arbitramento de mayor cuantía en las Cámaras de Comercio de Bogotá, Barranquilla, Cartagena y Cali, en la actualidad se desempeña como Gerente de Impuestos de Integra Auditores Consultores S.A., y como Gerente líder para el desarrollo de peritajes financieros y contables para Tribunales de Arbitramento en los que la firma ha sido designada como perito y Carlos Alberto Vargas Cárdenas es Contador Público de la Universidad Libre de Colombia con más de 25 años de experiencia en auditoría y revisoría fiscal, se ha desempeñado como revisor fiscal en empresas como: El Pomar S.A., Colplan S.A., Frigorífico Suizo, Acerías Paz del Río, Inversiones Benfa S.A, Corparques, Textiles Ítalo Colombianos S.A., ha sido auditor financiero para proyectos financiados con recursos del Banco Interamericano de Desarrollo y del Banco Mundial, en los sectores energético y minero, dirigió la auditoría de la Asociación ECOPETROL – Texas Petroleum Company (hoy CHEVRON PETROLEUM), para la explotación de gas en la Guajira, dirigió la auditoría internacional para la casa matriz en Alemania de KAESER KOMPRESSOREN sobre las operaciones del área andina, en la actualidad se desempeña como Gerente de Proyectos en Integra Auditores Consultores S.A. y como miembro del equipo de peritos financieros y contables para Tribunales de Arbitramento en los que la firma ha sido designada como perito.

401. Integra igualmente se refirió a la metodología usada para la elaboración del dictamen, así :

“Para el desarrollo del dictamen pericial se consultó toda la documentación puesta a disposición de los peritos, la cual fue sometida a procesos de recálculo, análisis, verificación y comprobación, con el objetivo de asegurarnos que las conclusiones y respuestas dadas estuviesen apegadas a la realidad y se encontraran respaldadas con la suficiente evidencia.

Las respuestas que se dieron a las diferentes preguntas formuladas se circunscribieron exclusivamente a los puntos encomendados, los que fueron resueltos con total imparcialidad, adicionalmente, durante el desarrollo del peritaje fueron puestos en práctica todas las medidas de supervisión y control de calidad de la firma”.

F. PRONUNCIAMIENTO SOBRE JURAMENTO ESTIMATORIO.

Este Tribunal se propone hacer un pronunciamiento expreso sobre el juramento estimatorio objeto de este proceso y sus consecuencias.

En aplicación del artículo 40 de la Ley 153 de 1.887, la norma que estaba vigente al momento de la presentación de la reforma de la demanda arbitral⁴²¹ es el artículo 206 del Código General del Proceso, el cual tiene el siguiente texto:

⁴²¹El escrito de reforma de demanda e integración en un solo texto, que contiene el juramento estimatorio, fue presentada el 23 de agosto de 2012, cuando ya estaba en vigencia el artículo 206 del Código General del Proceso, pues de conformidad con el artículo 627 numeral 1 del citado Código, ésta norma entró a regir a partir de la promulgación de la ley 1564 de 2012, es decir, a partir del 12 de julio de 2012.

“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. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) la que resulte probada, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia.

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo.

También habrá lugar a la condena a que se refiere este artículo, 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”.

En dicha pieza procesal la parte convocante estima los perjuicios en la suma de \$49.070.291.054.00⁴²² más su indexación e intereses, dejando claro que persigue la indemnización integral de los perjuicios.

Al momento de la contestación de la demanda, la parte convocada no objetó la estimación hecha por la parte convocante.

Conforme lo ya analizado en este laudo, la parte convocante probó perjuicios por la suma de catorce mil setecientos noventa y seis millones ochocientos setenta y dos mil seiscientos setenta pesos (\$14.796.872.670.00), más indexación por la suma de mil ciento sesenta y cuatro millones ochocientos

⁴²² Ver capítulo VII de la demanda denominado “Estimación de la cuantía”.

setenta y seis mil doscientos once pesos (\$1.164.876.211.00, los cuales en total ascienden a la suma de quince mil novecientos sesenta y un millones setecientos cuarenta y ocho mil ochocientos ochenta y un pesos (\$15.961.748.881.00). que es el valor objeto de condena en este laudo arbitral.

Ante la no objeción de la parte convocada, respecto a la cuantía estimada, el artículo 206 del Código General del Proceso, consagra la sanción para la parte convocada de que el juramento *“hará prueba de su monto”*, es decir, se considerará probada la cuantía de los perjuicios, sin más soporte probatorio.

Sin embargo, la misma norma dispone que aún en ese escenario, si el juzgador advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospecha que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.⁴²³

En este proceso, para precisar el monto de los perjuicios reclamados, el Tribunal ordenó de oficio una complementación del dictamen pericial rendido por Integra Auditores Consultores encaminado a determinar el monto de los perjuicios soportados por el Distrito de Cartagena como consecuencia del hundimiento del emisario submarino, el cual concluyó que debían fijarse en la suma catorce mil setecientos noventa y seis millones ochocientos setenta y dos mil seiscientos setenta pesos (\$14.796.872.670.00). A dicha suma se agregó la indexación o actualización monetaria, lo que arrojó la suma total de quince mil novecientos sesenta y un millones setecientos cuarenta y ocho mil ochocientos ochenta y un pesos (\$15.961.748.881.00).

De lo anterior se infiere que, aunque el artículo 206 del Código General del Proceso, consagra en su inciso cuarto una sanción para el evento de que exista una diferencia del 50% entre la cantidad estimada y la probada en el proceso, equivalente al 10% de esa diferencia, tal sanción no es aplicable en este caso, por cuanto, en primer lugar, la parte convocada no objetó la estimación, lo cual ameritaba tenerlos como probados; y en segundo término, no se observa temeridad en la estimación, debido a que los perjuicios totales se acercan a la misma, solo que este Tribunal no ha accedido a reconocerlos todos, por cuanto la mayor parte de ellos debe reclamarlos Acuacar en otro escenario procesal.

Por otra parte, no se observa conducta temeraria de la parte convocante al realizar la estimación, que es lo que pretende sancionar la norma en mención.

En efecto, según la sentencia C-279 de 2013 de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, *“Las sanciones previstas en el artículo 206 de la Ley 1564 de 2012 tienen finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano, fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como es la eficaz y recta administración de justicia que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulenta o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia. Es así como el inciso cuarto y el parágrafo de este artículo (206 de la Ley 1564 de 2012), establecen sanciones específicas por la estimación incorrecta de las pretensiones: del diez por ciento (10%) de la diferencia si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) de la que resulte probada, y del cinco por ciento (5%) si las pretensiones fueron desestimadas, encontrando la Corte que la sanción del inciso cuarto no es excesiva ni*

⁴²³ Artículo 206 inciso tercero del Código General del Proceso

desproporcionada y resulta razonable, ya que el demandante si obtiene un pago de sus pretensiones, debiendo descontar un diez por ciento de la diferencia entre lo estimado y lo probado”.

En síntesis no hay mérito para aplicarle la sanción procesal que consagra la ley a cargo de la parte convocada, por cuanto no objetó en tiempo la estimación de perjuicios hecha por la parte convocante, así como tampoco es procedente aplicarle la sanción a la parte convocante, por cuanto no hubo temeridad en dicha estimación.

XII. La investigación del hundimiento del Emisario Submarino por parte de la Capitanía de Puerto de Cartagena

402. El Tribunal estima necesario hacer algunas consideraciones respecto de la investigación por el hundimiento del Emisario Submarino por parte de la Capitanía de Puerto de Cartagena.
403. Tras recibir un informe de parte del Capitán del Remolcador SALVADOR, Cpt. Jorge Enrique Gómez, el 7 de diciembre de 2010 la Capitanía de Puerto abrió investigación por el siniestro marítimo consistente en el hundimiento del Emisario Submarino ocurrido el 2 de diciembre del mismo año. Esta investigación fue abierta por dicha autoridad con fundamento en lo establecido en el artículo 5º, núm. 27, del Decreto-Ley 2324 de 1984. Se trata de una investigación de naturaleza jurisdiccional, no de naturaleza administrativa, por ser este evento catalogado como un accidente o siniestro marítimo, conforme a la definición contenida en el artículo 26 del mismo decreto. La naturaleza jurisdiccional de estas investigaciones, y las funciones jurisdiccionales excepcionales de la Capitanía de Puerto y de la Dirección General Marítima han sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, a lo que hará el Tribunal referencia más adelante.
404. En el expediente obra copia del fallo de primera instancia proferido por la Capitanía de Puerto de Cartagena al resolver esta investigación, fechado el 28 de diciembre de 2012. En esta decisión, la Capitanía resuelve declarar como responsables del siniestro marítimo consistente en el hundimiento del Emisario Submarino a (i) el Capitán del Remolcador SALVADOR, Cpt. Jorge Enrique Gómez Bobadilla, (ii) a la empresa Operaciones Técnicas Marítimas S.A.S. - OTM S.A.S., (iii) al consorcio EDT Construction Cartagena Outfall, y (iv) a la sociedad Halcrow Group Limited.
405. En la parte considerativa de esta decisión de primera instancia, la Capitanía de Puerto de Cartagena señala varias acciones y omisiones como el fundamento de la declaración de responsabilidad de Halcrow, entre las que menciona (i) falta de control en los procedimientos de construcción y en la calidad de los materiales de los lastres, (ii) inadecuada planeación de la maniobra, (iii) omisión en la verificación de la adecuada potencia de los remolcadores utilizados en la maniobra, (iv) omisión en la exigencia de un plan de remolque, (v) omisión en el control de la maniobra y error en el hecho de haber permitido que dicha maniobra se realizara en las condiciones adversas en que se hizo.
406. La Capitanía de Puerto de Cartagena consideró que Halcrow, en su condición de interventor de la obra de construcción e instalación del Emisario Submarino, desarrolló un papel activo en la planeación y ejecución de la maniobra marítima de remolque e instalación del mencionado tubo, y al incurrir en los errores y omisiones,

incurrió en responsabilidad al constituir sus acciones y omisiones una causa eficiente del hundimiento del Emisario Submarino. Es importante destacar que en el análisis de la conducta de Halcrow, la Capitanía de Puerto de Cartagena enfatizó en la condición de Halcrow de experto en la instalación, preparación, adecuación y transporte de emisarios submarinos; es decir, en su condición de profesional en este tipo de maniobras.

407. Este fallo de primera instancia fue objeto de recurso de reposición por parte de Halcrow, permitido éste expresamente por el artículo 52 del Decreto-Ley 2324 de 1984, el cual fue resuelto mediante providencia de fecha 27 de Diciembre de 2013.
408. Varios argumentos fueron invocados por la apoderada de Halcrow en la reposición, entre los cuales alegó que esta empresa no fue partícipe de la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino y que tampoco está sujeta a la supervisión de la Autoridad Marítima por no ser armador ni propietario de ninguna de las naves que intervinieron en la maniobra.
409. La Capitanía de Puerto de Cartagena confirmó el fallo de primera instancia al considerar que Halcrow, en su condición de interventor, estaba obligada a supervisar y controlar la maniobra que ejecutaba el Consorcio EDT. De igual modo, la Capitanía estimó que dicha participación de Halcrow en la maniobra, o mejor, su obligación como interventor de participar en ella, lo convertía en sujeto y parte de la investigación jurisdiccional por el siniestro consistente en el hundimiento del Emisario Submarino.
410. La investigación por accidentes y siniestros marítimos constituye una función jurisdiccional excepcional de la Autoridad Marítima (conformada por la Dirección General Marítima – DIMAR y las Capitanías de Puerto), que ejerce al amparo del artículo 116, inciso 2º, de la Constitución Política. Así lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-212 del 28 de Abril de 1994, en la que al respecto dijo:

“En lo atinente a la segunda función indicada (numeral 27 del artículo 5º) sí existe una atribución de competencias judiciales pero ella, en su mayor parte, encaja en las previsiones del artículo 116 de la Constitución, en cuanto las materias a las que se contrae la función atribuida están claramente determinadas en la norma -investigaciones por violación a las normas de Marina Mercante, por siniestros marítimos, por violación a las normas de reserva de carga, por contaminación del medio marino y fluvial de su jurisdicción, por construcciones indebidas o no autorizadas en los bienes de uso público y terrenos sometidos a la jurisdicción de la Dirección General Marítima y Portuaria, e imposición de las sanciones correspondientes.

“La única parte del numeral 27 que resulta contraria a lo preceptuado en la Constitución es aquella en la cual se atribuye a la Dirección General Marítima y Portuaria la función de adelantar y fallar investigaciones "por violación a otras normas que regulen las actividades marítimas", pues se trata de una función indefinida que, por ello, choca abiertamente con la precisión exigida por el artículo 116 de la Carta para poder radicar en cabeza de autoridades administrativas funciones de carácter jurisdiccional. Las transcritas expresiones serán declaradas inexecutable.

“El artículo 11, numeral 6º, del Decreto 2324 de 1984 confía al Director General de la Dirección General Marítima y Portuaria la competencia para conocer y fallar en segunda instancia sobre los procesos por accidentes o siniestros marítimos. Por su parte, el artículo 35 Ibidem señala que

todo accidente o siniestro marítimo será investigado y fallado por la Capitanía de Puerto respectiva, de oficio o mediante protesta presentada por el Capitán o capitanes de las naves, artefactos o plataformas involucrados en el siniestro o accidente o por demanda presentada por persona interesada. Los artículos 36 a 51 del mencionado Decreto, algunos de los cuales han sido aquí demandados, estatuyen todo lo referente a la investigación y el fallo; al auto que declara abierta la investigación, sus requisitos y formalidades; a las audiencias que deben celebrarse en el curso del proceso; a la presunción de confesión, juramentos, interrogatorios, peritazgos y apreciación de pruebas; a los hechos que se deben acreditar y verificar en lo que concierne al accidente o siniestro; al alegato de conclusión, el término para fallo, contenido y notificación del mismo; aceptación de responsabilidad e interrupción de prescripción.

“Las normas que han sido demandadas aluden específicamente a la iniciación de la investigación (artículo 35); a la competencia para fallar en segunda instancia (artículos 11 y 27); a la función investigativa que, aún de oficio deben cumplir las Capitanías de Puerto acerca de siniestros y accidentes marítimos (artículo 20); a la competencia para investigación y fallo de los accidentes o siniestros marítimos en cabeza del respectivo Capitán de Puerto en primera instancia (artículo 27); al Tribunal de Capitanes, encargado de asesorar al Capitán de Puerto en lo relativo a las mencionadas investigaciones (artículo 28); a la actuación de dicho Tribunal (artículo 32); y finalmente a algunos aspectos del proceso, tales como el auto inicial que declara abierta la investigación (artículo 36), la primera audiencia (artículo 37), la presunción de confesión (artículo 43), los "hechos a establecer" (artículo 43), el contenido de los fallos (artículo 48), la función instructora, a cargo de las Capitanías de segunda categoría (artículo 67), las investigaciones por contaminación a causa de accidentes o siniestros marítimos (artículo 70), y la caución que deben prestar los buques, naves o artefactos navales cuyos capitanes, oficiales o tripulaciones se encuentren sometidos al proceso de investigación por accidentes o siniestros marítimos para que se les pueda autorizar el zarpe.

“La acusación que contra las mencionadas normas se formula es la misma que ha puesto de presente el actor respecto de las disposiciones antes analizadas, es decir, la de transferir funciones judiciales a autoridades administrativas.

“Ya se ha visto que mientras sea la ley la que señale dichas competencias excepcionales y la atribución correspondiente se refiera a materias precisas y las autoridades administrativas correspondientes sean determinadas, no se presenta violación alguna de la Carta.

“En cuanto se refiere a las normas impugnadas, destaca la Corte que el Decreto 2324 de 1984 fue expedido por el Presidente de la República en ejercicio de facultades extraordinarias de las que preveía el artículo 76, numeral 12, de la Constitución anterior (hoy artículo 150, numeral 10) y, por lo tanto, goza de fuerza legislativa.

“A juicio de la Corte, la exigencia del artículo 116 en el sentido de que la atribución excepcional de funciones judiciales a autoridades administrativas esté contenida en ley queda satisfecha cuando la norma pertinente se expide por el Jefe del Estado revestido temporal o

extraordinariamente de funciones legislativas. En otros términos, el precepto constitucional demanda una ley en sentido material y no necesariamente formal y orgánica.

“Está, pues, cumplido en el caso presente ese requisito.

“Por otro lado, las normas atacadas han determinado con claridad cuáles son las autoridades administrativas en las que se radica la atribución excepcional de competencias judiciales: la Dirección General Marítima y Portuaria y las Capitanías de Puerto.

“Además, las materias objeto de esa competencia no pueden estar definidas con mayor precisión. Se trata de conocer sobre siniestros y accidentes marítimos, que están definidos en el artículo 26 del Decreto 2324 de 1984: "Se consideran accidentes o siniestros marítimos los definidos como tales por la Ley, por los tratados internacionales, por los convenios internacionales, estén o no suscritos por Colombia y por la costumbre nacional e internacional. Para los efectos del presente decreto son accidentes o siniestros marítimos, sin que se limite a ellos, los siguientes: a) el naufragio, b) el encallamiento, c) el abordaje, d) la explosión o el incendio de naves o artefactos navales o estructuras o plataformas marinas, e) la arribada forzosa, f) la contaminación marina, al igual que toda situación que origine un riesgo de contaminación marina y, g) los daños causados por naves o artefactos navales a instalaciones portuarias".

“También se les atribuye competencia para investigar acerca de las infracciones a las leyes, decretos y reglamentos que regulan las actividades marítimas y la Marina Mercante Colombiana, así como para imponer las sanciones respectivas (artículo 20, numeral 8º del Decreto).

“De lo dicho resulta que la normatividad puesta en tela de juicio no es inconstitucional, menos aún por el motivo alegado en la demanda.

“Debe tenerse en cuenta, además, que en varios convenios internacionales el Estado colombiano ha asumido la obligación de prevenir y reprimir la contaminación del medio marino.

“A nivel mundial se tienen, por ejemplo, el Convenio internacional sobre responsabilidad civil por daños causados por contaminación del agua de mar por hidrocarburos, celebrado en 1969 y adicionado mediante Protocolo suscrito en 1976; el Convenio internacional para prevenir la contaminación del mar por buques (MARPOL), pactado en 1973 y adicionado mediante Protocolo en 1978; y el Convenio Internacional sobre la seguridad de la vida humana en el mar, celebrado en 1974 y adicionado mediante Protocolo en 1978.

“A nivel regional pueden mencionarse el Convenio para la protección del medio marino y áreas marinas costeras del Pacífico Suroeste de 1981; el Acuerdo sobre la cooperación regional para el combate contra la contaminación marina por petróleo y otros factores nocivos en casos de accidente, celebrado en 1981 y adicionado mediante Protocolo de 1983; y el Convenio para la protección y ordenamiento del medio marino y zona costera del Gran Caribe de 1981, así como el Protocolo de cooperación para combatir los derrames de hidrocarburos, suscrito en 1983.

“No podría Colombia cumplir estos convenios internacionales si no fuera por la atribución de competencias especiales en la materia a un organismo cuyas actividades y experiencia le permiten fallar con mayor conocimiento de causa como es el caso de la Dirección General Marítima y Portuaria.

*“Entonces, lejos de reñir con la Constitución, las disposiciones acusadas la desarrollan, específicamente respecto de lo contemplado en el artículo 226 de la Carta, que señala la materia ecológica como una de aquellas respecto de las cuales el Estado debe promover la internacionalización de sus relaciones sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional”.*⁴²⁴

411. Posteriormente, La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado confirmó el carácter jurisdiccional de las decisiones adoptadas por las Capitanías de Puerto, en primera instancia, y por DIMAR, en segunda instancia, en las investigaciones por accidentes y siniestros marítimos que adelanta con fundamento en el artículo 5º, núm. 27, del Decreto-Ley 2324 de 1984. Al respecto, el Consejo de Estado dijo:

“A juicio de la Sala, el análisis del Decreto Ley 2324 de 1984 frente a la Constitución de 1991, cambia sustancialmente las respuestas al problema planteado en torno a la naturaleza jurídica de este tipo de pronunciamientos de la autoridad marítima; es así como, la Corte Constitucional en la Sentencia C-212 de 1994, reconoce que las decisiones proferidas en esta materia son verdaderas decisiones judiciales, aunque se expidan por autoridades administrativas, pues la nueva Carta en el artículo 116 establece expresamente esa posibilidad, con lo cual se zanja el debate que en su momento se dio en el seno de la Corte Suprema de Justicia (providencias proferidas en el año de 1982 y 1985).

“(…)

“El Capitán de Puerto, en primera y el Director Marítimo, en segunda instancia, tienen la calidad de jueces frente a las controversias cuyo conocimiento avoquen en razón de un siniestro o accidente marítimo, en la medida, en que la Carta permite, como ya se vio, el ejercicio excepcional de funciones jurisdiccionales.

“(…)

“Si bien es cierto, en las investigaciones por siniestros marítimos la autoridad marítima debe analizar, en cada caso, si se transgredió alguna norma de tráfico o de seguridad marítima, también lo es, que el fin de la investigación no es sólo determinar las normas

⁴²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-212 del 28 de abril de 1994; Exp. N° D-319, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

trasgredidas y sancionar por ese hecho, sino declarar la culpabilidad y responsabilidad civil extracontractual que les cabe a quienes intervinieron en el accidente o tienen su tutela jurídica (armador, propietario etc.).

(...)

“En este orden de ideas, es jurídicamente válido concluir que las providencias proferidas sobre estos asuntos, en opinión de la Sala, prestan mérito ejecutivo respecto de los perjuicios causados por el siniestro, dada su naturaleza judicial, aunque la norma vigente no lo mencione expresamente. Igualmente, hacen tránsito a cosa juzgada.

(...)

“La DIMAR al decidir sobre la responsabilidad derivada del siniestro o accidente y determinar el valor de los daños causados por el accidente o siniestro marítimo pone fin a la controversia que existe entre las partes y, por lo tanto, esa decisión es ejecutable ante la jurisdicción ordinaria. Una interpretación contraria, pondría en riesgo la seguridad jurídica, pues abre el espacio a fallos contradictorios”.

412. No obstante, en el mismo concepto, el Consejo de Estado también precisó el alcance limitado de las facultades jurisdiccionales de DIMAR, precisamente por su carácter excepcional, señalando que los fallos en casos de accidentes y siniestros marítimos no pueden extenderse a pronunciamientos o juzgamiento sobre relaciones de carácter contractual entre las partes involucradas en el hecho objeto de la investigación, o entre éstos y terceros. En este sentido el Consejo de Estado manifestó lo siguiente:

“La autoridad marítima no está habilitada para conocer sobre todo tipo de conflictos, como los laborales, de índole comercial, penal, tributario, etc... Ella se limita a fallar las investigaciones por accidentes o siniestros marítimos.

“La facultad judicial atribuida a la autoridad marítima en materia de accidentes y siniestros marítimos, en tanto es excepcional, está limitada por el legislador. En este sentido, el fallo no puede versar sobre las controversias derivadas del contrato de transporte marítimo”.

413. En acatamiento a esta limitación, y teniendo en cuenta, sobretodo, que sus facultades jurisdiccionales son excepcionales y, por ende, restringidas, la Capitanía de Puerto de Cartagena, en el fallo de primera instancia que resolvió la investigación jurisdiccional por el hundimiento del Emisario Submarino se ocupó de advertir, en varias oportunidades, que su competencia no podía extenderse a juzgar las relaciones contractuales existentes entre Halcrow y EDT, ni entre Halcrow y Acucar (entiende que ésta empresa actúa como mandatario del Distrito de Cartagena). Los principales apartes del fallo del 28 de diciembre de 2012 proferido por la Capitanía de Puerto de Cartagena sobre este particular se transcriben a continuación.

414. En las consideraciones, la Capitanía de Puerto de Cartagena señala:

*“En el caso bajo estudio el despacho demostrará la responsabilidad independiente de cada uno de los actores **intervenientes en la navegación**, es decir, en la maniobra de traslado de los tubos, estableciendo las causas y responsabilidades de los sujetos intervenientes en la maniobra objeto de la presente investigación, sin entrar a escudriñar las obligaciones contractuales de los agentes que participaron en la maniobra” (La negrilla pertenece al texto; las subrayas son agregadas por el Tribunal).*

Más adelante, la Capitanía agrega:

“No le es dable al despacho entrar a dilucidar las obligaciones contractuales correspondientes a las empresa (sic) E.D.T. MARINE CONSTRUCTION y HALCROW GROUP...”.

Y finalmente puntualiza:

“Sobre el otro sujeto involucrado dentro de la investigación como lo es AGUAS DE CARTAGENA – ACUACAR- resta decir que pertenece a un contrato como partes donde TAL EMPRESA es beneficiaria de la obra que E.D.T. MARINE tenía que entregar, mal puede establecer el despacho responsabilidades sobre la determinada empresa de servicios cuando es a todas luces no participó en la maniobra de traslado de los tubos”.

415. El Tribunal considera que la investigación adelantada por la Capitanía de puerto de Cartagena, en ejercicio de sus atribuciones legales, respecto del hundimiento del Emisario Submarino, y el fallo proferido para resolverla, no tiene incidencia alguna en el presente trámite arbitral, por cuanto las competencias legales atribuidas a la Autoridad Marítima – y precisadas por la jurisprudencia – se limitan a las actividades desempeñadas por los participantes en una maniobra marítima en la navegación en sí misma y los efectos que los actos u omisiones de dichas personas puedan tener en la responsabilidad civil extracontractual respecto de los daños producidos por el accidente o siniestro marítimo investigado. Por el contrario, la competencia de este Tribunal de Arbitramento, deferida por las partes conforme al pacto arbitral y respaldada en la Constitución Política y en la ley, se limita a determinar la responsabilidad civil contractual que podría derivarse del alegado incumplimiento, por parte de Halcrow, del contrato de interventoría CONSUL-BM-002-2008, celebrado entre dicha empresa y el Distrito de Cartagena (representado por ACUACAR).

416. Si bien es cierto, tanto ACUACAR (como mandatario de Distrito de Cartagena) como Halcrow – partes de este trámite arbitral - son también parte de la investigación jurisdiccional adelantada por la Capitanía de Puerto de Cartagena, no existe conflicto entre uno y otro proceso jurisdiccional, pues ambos tienen objeto diverso y se originan en competencias diferentes, pero en ningún caso contradictorias. Debe recordarse, al respecto, que la competencia de este Tribunal de Arbitramento está delimitada a la determinación del eventual incumplimiento y la posible consecuente responsabilidad civil contractual derivada del alegado incumplimiento del contrato de interventoría CONSUL-BM-002-2008, celebrado entre Halcrow y Acucar (como mandatario del Distrito de

Cartagena). Y a esa sola materia se refiere este laudo, dentro del marco señalado por las mismas partes en las pretensiones de la demanda y en las excepciones formuladas en la contestación.

417. No existe, pues, prejudicialidad alguna entre la investigación jurisdiccional de la Capitanía de Puerto de Cartagena y este trámite arbitral, por cuanto aunque existe identidad parcial de partes, el objeto de cada uno de los citados trámites es muy diferente: la Capitanía de Puerto se ocupa de indagar y juzgar sobre la eventual responsabilidad que pudiera derivarse de la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino, mientras que este Tribunal de Arbitramento tiene como objeto determinar la eventual responsabilidad civil contractual que pudiera derivarse del alegado incumplimiento del contrato de interventoría CONSUL-BM-002-2008, celebrado entre Halcrow y Acucar (como mandatario del Distrito de Cartagena).
418. Existen hechos comunes a ambos trámites, los cuales han sido objeto de valoración por la Capitanía de Puerto de Cartagena y por este Tribunal, cada uno dentro del ámbito de su propia competencia y de acuerdo con el objeto de cada uno de los trámites en cuestión. De igual modo, en el expediente de este trámite arbitral obran pruebas trasladadas de la investigación adelantada por la Capitanía de Puerto de Cartagena, que también han sido valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica.
419. Observa el Tribunal que ha coincidido con apreciaciones probatorias hechas en la investigación adelantada por la Capitanía de Puerto de Cartagena acerca de los errores de la maniobra de transporte e instalación del Emisario Submarino, del alcance de la participación de Halcrow en esta maniobra y, en general, de las causas del hundimiento del Emisario Submarino. Pero se trata de coincidencias en apreciaciones de hecho, no en conclusiones de carácter jurídico. Y estas apreciaciones del Tribunal no se fundamentan en las pruebas de la investigación de la Capitanía de Puerto de Cartagena o en las valoraciones hechas por esta autoridad, en sede jurisdiccional, sino que el Tribunal decretó, practicó y valoró, además, sus propias pruebas sobre estos hechos, en particular los dictámenes periciales técnico y naval, sobre los cuales existe pronunciamiento en este mismo laudo.
420. Concluye el Tribunal, entonces, que existe plena independencia entre la investigación jurisdiccional adelantada por la Capitanía de Puerto de Cartagena y este trámite arbitral, de manera tal que el presente laudo se profiere con total autonomía de lo decidido, hasta ahora en primera instancia, en aquella investigación.

XIII. Los efectos del fallo de la Contraloría Distrital de Cartagena sobre el proceso arbitral

421. Aparece en el proceso arbitral el fallo de responsabilidad fiscal de fecha 19 de diciembre de 2013, proferido por el Director Técnico de Responsabilidad Fiscal y Acciones Judiciales de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, dentro del proceso de responsabilidad fiscal No. 016-2011, el cual tuvo precisamente como objeto estudiar la eventual responsabilidad fiscal que podía aparecer para los intervinientes dentro de la construcción del emisario submarino. De acuerdo con el mismo fallo, el objeto de la investigación se concreta en lo siguiente: *“desde que se dio inicio al presente proceso de*

responsabilidad fiscal se ha intentado por parte del Despacho tratar de determinar quiénes fueron los presuntos responsable fiscales y cuáles fueron las causas que originaron el siniestro del emisario submarino de Cartagena”.

422. Como resultado de la investigación, luego de los correspondientes análisis de responsabilidad fiscal por parte de la Contraloría, se decidió lo siguiente:

Artículo Primero: Fallar con Responsabilidad Fiscal, de conformidad con el Artículo 53 de la Ley 610 de 2000, en cuantía de **\$114.232.172.465** a cargo de El **Consortio Edt Marine Construction Cartagena Outfall**, al señor **Michael Peleg** identificado con pasaporte No. **10903180** en calidad de representante legal del **Consortio Edt Marine Construction Cartagena Outfall** y a él personalmente; las empresas consorciadas solidariamente **EDT Towage & Salvage Co.ltd.** Y **EDT Marine Construction** representadas por los señores **Darios Melas y Eas Tchacos**, en su doble condición de Directores y Accionistas, de nacionalidad Griega, sin identificación puntual conocida, en forma individual o solidaria, según sea el caso de conformidad con el artículo 53 de la ley 610 de 2000.

Artículo Segundo: Ordenar la desvinculación de la **Compañía Aseguradora MAPFRE Seguros Generales de Colombia en calidad de Tercero Civilmente Responsable**, en virtud de la Póliza de Cumplimiento Entidades Estatales Ley 80 de 1993 No. **22013090001150**, en la que figura como tomador **EDT Marine Construction Limited**, como beneficiario **Aguas de Cartagena S.A. E.S.P.**, con un valor asegurado de **Cinco Mil Setecientos Cincuenta y Siete Millones Seiscientos Trece Mil Cuatrocientos Pesos (\$5.757.613.400)**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Artículo Tercero: Ordenar la desvinculación de la **Compañía Aseguradora Liberty Seguros S.A.**, otorgo la póliza de seguros No. **262834**, en la que figura como tomador **Halcrow Group Limited** y como beneficiarios Terceros **Afectados** y con un valor asegurado de **Setecientos Dos Millones Seiscientos Treinta y Nueve Mil Seiscientos Sesenta y Nueve Pesos (\$702.639.669)**, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta Decisión.

Artículo Cuarto: Fallar sin Responsabilidad Fiscal a favor de **Jhon Montoya Cañas** identificado con la cédula de ciudadanía **No.98.517.558**, **Gustavo Robledo Villegas** identificado con la cédula de ciudadanía **No.71.689.188**, **Francisco Pérez Tena** identificado con el pasaporte **No.330.424**, todos en calidad de Gerentes Generales de Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. y **Luis Alfonso Pinzón Corcho** sin identificación conocida en el expediente y en calidad de Gerente de Proyectos Cofinanciados Aguas de Cartagena S.A. E.S.P. y la empresa de **Halcrow Group Limited**, inscrita bajo el número **3415971**, con sede en Vineyard House, 44 Brook Green, Londres W67BY, se llamó a la empresa, a su representante legal para la fecha de suscripción del contrato el señor **Gustavo Víctor Gonelli**, pasaporte de Argentina # **13.531.723N** y domiciliado en Av. Leandro N Alem 884, 2do piso, Buenos Aires, Argentina,; el señor **Alejandro Alberto Labbe Fluhmann** quien se identificó con pasaporte **No. 6687226-2** de Chile, actúan en representación de la mencionada empresa, al representante legal de la empresa **Halcrow Group Limited**, el señor **Peter Geoffrey Gammie**, con pasaporte de Inglaterra **UK#093145025** y

domiciliado en Vineyard House, 44 Brook Green, Londres W6 7BY como director y representante legal de la misma y a ellos personalmente, en forma individual o solidariamente, según sea el caso.

423. Este fallo fue posteriormente confirmado por el Secretario General de la Contraloría Distrital de Cartagena, mediante auto 066 de 11 de marzo de 2014, en el cual decidió un recurso de apelación contra el fallo de 19 de diciembre de 2013, que estableció en su parte resolutive, lo siguiente:

ARTÍCULO PRIMERO: *Confirmar el fallo con Responsabilidad de fecha diecinueve (19) de diciembre de 2013, proferido dentro del Proceso de Responsabilidad Fiscal No. 016-2011, adelantada (o) en la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Acciones Judiciales de la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias, de conformidad con lo señalado en la parte considerativa de la presente providencia.*

ARTÍCULO SEGUNDO: *Notificar personalmente el contenido de la presente providencia en la forma y términos establecidos en los artículos 44 y 45 del Código Contencioso Administrativo.*

ARTÍCULO TERCERO: *Enviar copia de esta providencia junto con el expediente contenido en un (01) cuaderno principal con mil seiscientos cincuenta y ocho (1658), veintitrés (23) AZ, diez (10) carpetas, siete (07) cds y dos (02) memorias USB a la oficina de origen, para que se surtan los fines pertinentes.*

ARTÍCULO CUARTO: *Contra la presente decisión no procede ningún recurso.*

424. De acuerdo con lo anterior, para la Contraloría Distrital de Cartagena, la responsabilidad fiscal derivada del accidente del emisario submarino corresponde exclusivamente al Consorcio Edt Marine Construction Cartagena Outfall, a sus consorciados y a los representantes legales de los mismos. Lo expresado implica, a la vez, que fueron eximidos de responsabilidad fiscal, tanto los funcionarios de Acuacar como la sociedad Halcrow y sus representantes legales.

425. Una vez se corrió traslado de los documentos mencionados, las partes manifestaron lo siguiente:

- a) La parte Convocante, en primer lugar, expresa que el fallo de la Contraloría es contradictorio, pero del mismo resalta que existe una diferencia sustancial entre el proceso de responsabilidad fiscal y el proceso de responsabilidad contractual. Además, resalta que lo expresado en el proceso implica una confesión por parte del apoderado de Halcrow en el sentido de que el daño sufrido por el Distrito asciende a la suma de \$114.232.172.465. Igualmente, hace referencia a diferentes puntos del fallo de responsabilidad fiscal que, a su juicio, prueban el incumplimiento de Halcrow. Finalmente, destaca que el fallo de la Contraloría aún puede ser impugnado ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.
- b) Halcrow expresó que la decisión de la Contraloría declaró fiscalmente responsable únicamente al Consorcio EDT y la condenó a cubrir todos los costos directos o indirectos derivados del

accidente del emisario submarino. En virtud de lo anterior, a su juicio, el Distrito ha sido resarcido integralmente, de tal manera que condenar a Halcrow por los mismos hechos implicaría un enriquecimiento sin justa causa para el Distrito.

426. Frente a la anterior decisión y teniendo en cuenta las posiciones de las partes, el Tribunal considera relevante destacar que dentro de la investigación llevada a cabo por la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias se estudió la responsabilidad fiscal dentro del accidente del emisario submarino de Cartagena, entre otros, de la empresa Halcrow, lo cual parecería tener una relación directa con la materia objeto del presente proceso arbitral. En efecto, en el presente proceso arbitral también se estudia la responsabilidad de Halcrow con ocasión del accidente del emisario submarino. Sin embargo, destaca el Tribunal que en este proceso no se estudia la responsabilidad fiscal como lo hizo la Contraloría Distrital de Cartagena, sino que se analiza la responsabilidad contractual de carácter patrimonial que, como es sabido, es una responsabilidad de naturaleza diferente y que, por lo mismo requiere un análisis separado.
427. En efecto, si se analiza con cuidado la Ley 80 de 1993, en su texto vigente al momento de la celebración del contrato de interventoría objeto del presente proceso arbitral, se podrá observar que la misma regula separadamente la responsabilidad civil o patrimonial de los contratistas y de los interventores (arts. 52 y 53) y el control fiscal sobre la actividad contractual (art. 65), lo cual revela, por sí mismo, que se trata de dos modalidades de control separadas y, por lo mismo, dos clases de responsabilidad independientes, basadas en fundamentos jurídicos distintos y con consecuencias también diferentes. Es así como, en virtud del control fiscal, se estudia la responsabilidad que pudiera surgir de la gestión fiscal de los funcionarios públicos y de los contratistas, mientras que en el caso de la acción contractual, se estudia el cumplimiento o incumplimiento de las obligaciones contractuales y la responsabilidad que pueda surgir de dicha situación.
428. En este sentido, el Tribunal destaca que la jurisprudencia de la Corte Constitucional consideró ajustado a la Constitución Política el hecho de que la ley obligara a que en el acta de liquidación se incluyeran los acuerdos logrados y que las partes se declaren a paz y salvo, pues el hecho de que se resuelvan las controversias contractuales con la liquidación del contrato, no elimina el control fiscal, precisamente por obedecer a fundamentos diferentes⁴²⁵. Así, ratifica la Corte que la responsabilidad contractual opera exclusivamente sobre el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales, mientras que la responsabilidad fiscal se refiere a la evaluación de la conducta del funcionario o del contratista en la administración de recursos públicos⁴²⁶.

⁴²⁵Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-623 de 1999 y C-967 de 2012.

⁴²⁶ En este sentido, la Corte Constitucional ha expresado: *“el juicio de responsabilidad fiscal tiene por objeto determinar si existe o no responsabilidad por parte de las personas cuya gestión fiscal ha sido objeto de observación, para que en caso afirmativo, es decir si se concluye la responsabilidad del funcionario encargado del recaudo, manejo o inversión de dineros públicos o de la administración de bienes del Estado, que por acción u omisión y en forma dolosa o culposa asumieron una conducta contraria a la ley, reintegren al patrimonio público*

429. De acuerdo con el Consejo de Estado, “los artículos 267 y 272 de la Constitución Política definen y estructuran el control fiscal como una función pública de vigilancia sobre la gestión fiscal de la administración y de los particulares cuando manejan o administran bienes públicos”⁴²⁷. Esta clase de control ha sido explicado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

“En la Constitución Política de 1991 se reconoce expresamente la función de control fiscal, como una actividad independiente y autónoma y diferenciada de la que corresponde a las clásicas funciones estatales, lo cual obedece no sólo a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar la correcta utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes de la nación, los departamentos, distritos y los municipios, cuyo manejo se encuentra a cargo de los órganos de la administración, o eventualmente de los particulares (Const. Pol., arts. 267, 268 y 272).

El ejercicio del control fiscal, calificado en la Constitución como una función pública, se sujeta en términos generales a las siguientes reglas:

a) Se ejerce en forma posterior y selectiva conforme a los procedimientos, sistemas y principios que establezca la ley.

b) El ejercicio de la vigilancia fiscal se manifiesta y hace efectiva a través del control financiero, de legalidad, de gestión y de resultado, sobre la actividad de la gestión fiscal del Estado, fundado en criterios de eficiencia, moralidad, economía, equidad y en la valoración de los costos ambientales. Para la efectividad del aludido control, se utilizan mecanismos auxiliares como la revisión de cuentas y la evaluación del control interno de las entidades sujetas a la vigilancia.

c) El control fiscal se ejerce en los distintos niveles administrativos, esto es, en la administración nacional centralizada y en la descentralizada territorialmente y por servicios, e incluso se extiende a la gestión de los particulares cuando manejan bienes o recursos públicos. Es decir, que el control fiscal cubre todos los sectores y actividades en los cuales se manejen bienes o recursos oficiales, sin que importe la naturaleza de la entidad o persona, pública o privada, que realiza la función o tarea sobre el cual recae aquél, ni su régimen jurídico.

d) Consecuente con la concepción participativa del Estado social de derecho se prevén, según la regulación que establezca la ley, sistemas de intervención ciudadana en la vigilancia de la gestión pública en los diferentes sectores de la administración.

En la Constitución el ejercicio de la función pública de control, obedece a un esquema orgánico y funcional propio, pues las instituciones de control, están dotadas de autonomía e

los valores correspondientes a las pérdidas o deterioros producidos por consecuencia suya”
(Corte Constitucional, sentencia T-973 de 1999)

⁴²⁷Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 31 de agosto de 2005, radicación 1.662.

independencia administrativa y presupuestal, y de una competencia específica y especializada, que se traduce en el ejercicio de una serie de potestades estatales.

La Constitución diseñó la Contraloría General de la República como un organismo técnico con autonomía administrativa y presupuestal, encargada de la función pública del control fiscal, cuyo ejercicio comporta la responsabilidad de "vigilar la gestión fiscal" de la administración y de los particulares o entidades que manejen fondos o bienes de la nación, con arreglo a las atribuciones especiales que le han sido señaladas (Const. Pol., arts. 267, incs. 1º y 4º, 268).

En síntesis, el control fiscal constituye una actividad de exclusiva vocación pública que tiende a asegurar los intereses generales de la comunidad, representados en la garantía del buen manejo de los bienes y recursos públicos, de manera tal que se aseguren los fines esenciales del Estado de servir a aquélla y de promover la prosperidad general, cuya responsabilidad se confía a órganos específicos del Estado como son las Contralorías (nacional, departamental, municipal), aunque con la participación ciudadana en la vigilancia de la gestión pública (Const. Pol., arts. 1º, 2º, 103, inciso 3º y 270). Pero si bien el ejercicio del control fiscal es responsabilidad de las contralorías, ello no excluye la posibilidad de que excepcionalmente la vigilancia se realice por los particulares (art. 267, inc. 2º, ibídem)⁴²⁸.

430. De acuerdo con lo anterior, concluye el Tribunal que el objetivo final del control fiscal es “*verificar el manejo correcto del patrimonio estatal.*”⁴²⁹, de manera que se logre “*verificar el correcto cumplimiento de los deberes asignados a los servidores públicos y a las personas de derecho privado que manejan o administran recursos o fondos públicos*”⁴³⁰ garantizando el patrimonio económico estatal, con el fin de asegurar “*la realización efectiva de los fines y propósitos del Estado Social de Derecho*”⁴³¹.
431. En cambio, el juicio de responsabilidad contractual, como ya tuvo ocasión de explicarlo detalladamente el Tribunal antes, tiene como objetivo fundamental analizar la conducta contractual de una de las partes del contrato estatal, esto es, el incumplimiento de las obligaciones contractual y los posibles daños que dicho incumplimiento hubiera podido generar.
432. En ese orden de ideas, para el Tribunal es claro que la responsabilidad fiscal y la responsabilidad contractual son dos temas separados, los cuales pueden coexistir perfectamente, de tal manera que la misma conducta puede dar lugar a responsabilidad contractual y no a responsabilidad fiscal o viceversa. En ese orden de ideas, la decisión de un órgano de control fiscal que exime de responsabilidad carece de la virtualidad para concluir en el mismo sentido por temas relacionados con la responsabilidad contractual dentro de una acción contractual, pues lo cierto es que se trata de responsabilidades de naturaleza diferente y que, por lo mismo, requieren análisis separados.

⁴²⁸Corte Constitucional, sentencia C-374 de 1995.

⁴²⁹Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2009.

⁴³⁰Corte Constitucional, sentencia C-716 de 2002.

⁴³¹Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

433. Finalmente, destaca el Tribunal que el control fiscal es una actividad, aunque especializada, de naturaleza puramente administrativa, lo cual quiere decir que los fallos de responsabilidad fiscal no son decisiones judiciales, hasta el punto en que pueden llegar a ser cuestionadas por parte de los afectados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así las cosas, comprendiendo adecuadamente la naturaleza del control fiscal, es claro que un fallo de responsabilidad fiscal no puede ser oponible a un tribunal de arbitramento con autoridad de cosa juzgada, pues lo cierto es que dicho fallo no es una sentencia judicial y, por lo mismo, carece de la autoridad de cosa juzgada.
434. En suma, para el Tribunal, el hecho de que la Contraloría Distrital de Cartagena de Indias hubiera eximido de responsabilidad fiscal a Halcrow y a sus representantes legales no constituye motivo suficiente para concluir que se le debe eximir de responsabilidad contractual, pues, insiste el Tribunal, se trata de responsabilidades diferentes con fundamentos y consecuencias también distintas como ha quedado analizado de manera perspicua en este acápite del laudo.

XIV. Pronunciamiento sobre excepciones de fondo propuestas por la parte convocada

435. A continuación, éste Tribunal se pronunciará sobre las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, en el mismo orden en que fueron planteadas en la contestación a la solicitud de convocatoria.

A. Excepción de indebida convocatoria e instalación del Tribunal de Arbitramento.

436. Este mecanismo de defensa lo hace consistir la parte convocada en que Acuacar no tiene facultades para representar al Distrito de Cartagena por cuanto en el poder otorgado el 15 de febrero de 2012 no se menciona al Distrito de Cartagena ni la condición de mandatario de Acuacar, además de que el poder debía otorgarse por escritura pública y, por tanto, Acuacar no podía representar legal, judicial o extrajudicialmente al Distrito, porque dicha gestión no hacía parte de su objeto social. La parte convocante, a su turno, considera que todo ello ha quedado suficientemente desvirtuado en el proceso, en virtud de la decisión adoptada por el Tribunal en la audiencia celebrada el 1º de octubre de 2012 y que consta en el Acta N° 8.
437. Este Tribunal se pronuncia sobre este medio exceptivo y lo primero que destaca es que, en efecto, en la audiencia de determinación de competencia tuvo la oportunidad de referirse a estos mismos planteamientos, ocasión en la que concluyó que sí existe un mandato representativo conferido por el Distrito de Cartagena a Acuacar, en virtud de la ratificación hecha por el Distrito, razón por la cual asumió competencia únicamente respecto al Distrito de Cartagena de Indias como parte convocante. En esa providencia el tribunal tuvo la oportunidad de referirse, en extenso, al tema de la capacidad de Acuacar para ser mandataria del Distrito y a la validez del poder judicial otorgado al apoderado de la parte convocante para actuar en este proceso arbitral. Como se recordará, esta decisión fue recurrida por la parte convocada y finalmente confirmada por este Tribunal, razón por la cual existe suficiente ilustración sobre el particular. Por ello nos remitimos a dichos argumentos, en aras de la brevedad, para decidir que no prospera esta excepción.

B. Excepción de falta de legitimación en la causa material por activa del Distrito de Cartagena

438. La parte convocada sustenta este medio de defensa con el argumento de que mediante documento denominado “Acuerdo directo de reclamación del Distrito con ocasión del incidente del emisario submarino”, suscrito el 17 de febrero de 2011, la firma Acuacar se obligó a mantener indemne al Distrito de Cartagena por todo concepto, a culminar las obras para restituir la integridad del tubo del Emisario Submarino y a completar la totalidad de las obras para cumplir con el objeto del contrato de obra; por esa razón el Distrito de Cartagena se encuentra indemne de cualquier perjuicio, pues no tuvo que aportar recursos propios para terminar las obras y en consecuencia, no le asiste legitimación en la causa, por activa, en este proceso. Estas ideas fueron ampliadas por la parte convocada en el alegato de conclusión y al respecto manifestó que “quedó plenamente probado en este proceso arbitral que el Distrito de Cartagena no sufrió, por cuenta de Halcrow, ninguno de los daños ni perjuicios alegados por el convocante con ocasión del incidente en el que se perdió parcialmente el emisario submarino” y que “En cualquier caso, si hubiera existido algún perjuicio, el Distrito de Cartagena estaría plenamente resarcido tal y como lo demuestran clara y expresamente el Acuerdo de Arreglo Directo y el Acuerdo de Aceptación de Rendición de Cuentas Voluntarias y Previas, Arreglo Directo y Fondeo de Cuentas de Encargo Fiduciario suscritos entre Acuacar y el Distrito de Cartagena (en adelante Acuerdo de Aceptación) **(Pruebas Nos. 42 de la demanda y 781 Tomo XVII de los anexos de la reforma de la demanda)**”. La parte convocada sostiene además que lo anterior indica que hay una transacción y que el Distrito por lo tanto ya está indemne, de manera que cualquier pretensión económica que tenga el Distrito de Cartagena en este caso constituye un enriquecimiento sin justa causa. Y si el Distrito de Cartagena ya está indemne, sería completamente inadmisibles que se prestara para hacer uso de la cláusula compromisoria para intentar recuperar de Halcrow recursos para terceros. Seguidamente recoge algunos aspectos del dictamen pericial rendido por Integra para concluir que “... después de ocurrido el incidente donde se perdió parcialmente el emisario submarino, el Distrito de Cartagena no aportó recursos adicionales a los presupuestados en el Contrato de Obra Civil o al proyecto inicial. Por tal razón, para la culminación de la CONSTRUCCIÓN DEL EMISARIO SUBMARINO EN PUNTA CANOA, *“el límite de la inversión del Distrito fue el valor de la oferta de fecha agosto 9 de 2007 presentada por EDT”*. Para reafirmar su tesis, la parte convocada describe algunos apartes de la declaración del representante legal de Acuacar, Francisco Pérez Tena, para concluir que no hubo daño ni perjuicio demostrado y mucho menos antijurídico para el Distrito de Cartagena y que desconociendo lo anterior, el demandante en la audiencia de instalación del 16 de abril de 2012, estimó, bajo juramento, la cuantía de sus pretensiones en más de \$49.070.291.054 y que como está probado en el proceso que no hubo daño ni perjuicio para el Distrito de Cartagena, ni se demostró la cuantía de las pretensiones, la convocante debe ser condenada al pago de la sanción de que trata el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil el cual se encontraba vigente en la fecha de presentación de esta demanda arbitral.
439. La parte convocante se refirió a este medio exceptivo tanto en el pronunciamiento sobre las excepciones de mérito, como en el alegato de conclusión, en el sentido de que quedó determinado a lo largo del proceso, que el Distrito de Cartagena no solo es claramente la parte demandante, sino que además está perfectamente legitimado en la causa material por activa en la reclamación que ahora nos ocupa, por varias razones: en primer lugar, por cuanto fue de sus arcas de donde salieron recursos directamente para el pago de la obra en virtud de la aprobación que para esos fines impartió Halcrow, y tiene derecho a recuperar tales recursos, que en modo alguno le han sido indemnizados; en segundo lugar, porque la parte convocada ha hecho una lectura equivocada del Acuerdo de Arreglo Directo, debido a que es el Distrito de Cartagena quien se ve lesionado por la no recepción de las obras en los tiempos pactados, y es también el Distrito el encargado de velar por el

interés público y la puesta en marcha de todo el sistema de alcantarillado que tenía como punto culminante al emisario submarino. Sostiene la parte convocante, que no puede entenderse que el Distrito de Cartagena haya sido resarcido o indemnizado en forma alguna por la suscripción de un acuerdo con Acuar, que tenía como objeto resolver la penosa situación a la que se vio enfrentada la ciudad de Cartagena al no contar con el emisario submarino en el tiempo previsto; es decir, se trató de un mecanismo para enfrentar la situación de la obra fallida, y resulta totalmente desatinado intentar leer ese acuerdo como una indemnización que el Distrito no ha recibido. Concluye señalando que es precisamente el presente proceso arbitral, el mecanismo al que ha acudido el Distrito de Cartagena para obtener la indemnización en cuestión, y las pruebas del presente proceso han dejado en evidencia que es perfectamente legítimo reclamar dicha indemnización de manos de la firma interventora Halcrow, por actuaciones y omisiones que le son imputables de forma cierta y directa. Finalmente y para robustecer su posición, la parte convocante trae a relucir algunos apartes de la providencia de fecha diciembre 19 de 2012, denominado “fallo de responsabilidad fiscal, emanado de la Dirección Técnica de Responsabilidad Fiscal y Acciones Judiciales de la Contraloría Distrital de Cartagena, dentro del proceso de responsabilidad No.016-2011.

440. Para resolver esta excepción, en primer lugar este Tribunal se propone determinar el concepto de falta de legitimación en la causa material en general y su diferencia con el concepto de parte procesal, desde el punto de vista jurídico, para entrar a decidir la excepción propuesta por la parte convocada.

441. Tanto la doctrina procesalista civilista como el mismo Consejo de Estado distinguen los dos conceptos. El tratadista Hernán Fabio López Blanco,⁴³² sostiene que:

“Es por completo indiferente que quien tiene la calidad de parte esté asistido o no por el derecho sustancial, debido a que la misma surge del ejercicio del derecho de acción y éste no requiere necesariamente de aquel, aun cuando, si se persigue una actuación exitosa, es obvio que deberá también existir el mismo respecto de la parte que espera ser gananciosa; pero es éste ya un aspecto procesal diverso, el de la denominado legitimación en la causa, que para nada toca con el concepto de parte, ya que se puede ser parte sin tener la legitimación en la causa, aspecto que con tino resalta SATTÁ cuando comenta que “quien demanda y por el solo hecho de demandar, afirma la propia legitimación, o sea postula que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como suyo el interés que quiere hacer valer. Es por lo tanto, siempre parte y justa parte. Que si luego el juez le dice que el interés que quiere hacer valer no es suyo, sino de otro, o que no está reconocido por el ordenamiento, su demanda será rechazada ni más ni menos que por esto, y no porque él aun siendo parte, no sea la justa parte”.

442. El Consejo de Estado⁴³³, sostiene el mismo criterio, solo que con denominaciones diferentes, pero concluye que la falta de legitimación en la causa no configura una causal de excepción de mérito, sino

⁴³² Procedimiento Civil, Parte general, Tomo I, Ed.Dupré, Bogotá, 2012, p.303

⁴³³ Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia no.1999-00267 del 31 de marzo de 2011

un presupuesto procesal para dictar sentencia de fondo favorable o al demandante o al demandado, así :

“Constituye postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que estas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado⁽¹⁾.

“Clarificado, entonces, en relación con la naturaleza jurídica de la noción de legitimación en la causa, que la misma no resulta constitutiva de excepción de fondo sino que corresponde a un presupuesto necesario para proferir sentencia de mérito favorable, ora a las pretensiones del demandante, bien a las excepciones propuestas por el demandado, resulta menester señalar, adicionalmente, que se ha diferenciado entre la legitimación de hecho y la legitimación material en la causa⁽²⁾. La primera se refiere a la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal, es decir, se trata de una relación jurídica nacida de la atribución de una conducta en la demanda y de la notificación del libelo inicial al demandado, de manera que quien cita a otro y le endilga la conducta, actuación u omisión que dan lugar a que se incoe la acción, estará legitimado de hecho por activa y aquél a quien se cita y se le atribuye la referida acción u omisión, resultará legitimado de hecho y por pasiva, después de la notificación del auto admisorio de la demanda.

Por su parte, la legitimación material en la causa alude a la participación real o sustancial de las personas en el hecho que origina la presentación de la demanda, independientemente de que dichas personas no hayan demandado o que hayan sido demandadas⁽³⁾. De ahí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, pues, como lo ha precisado la Sala,

“La excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (CCA, art. 164) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado” (negritas en el texto original, subrayas fuera de él)⁽⁴⁾.

443. En este caso este Tribunal observa con claridad que los hechos que invoca la parte convocada como soporte para fundamentar la excepción de mérito que denominó falta de legitimación en la causa material por activa del Distrito de Cartagena, no corresponden realmente a ausencia de legitimación en la causa de éste, por cuanto en los hechos ni siquiera ha puesto en tela de juicio que es el Distrito de Cartagena quien tiene vínculo contractual de interventoría con Halcrow Group Ltda., que sería el elemento básico para determinar dicha legitimación, pues se reclaman perjuicios por el incumplimiento de dicho contrato.
444. Una cosa es que el Distrito de Cartagena tenga o no el derecho sustancial a reclamar la indemnización de perjuicios y otra diferente es que sea el titular de esa reclamación; la ausencia de éste último aspecto es el que podría configurar ausencia de legitimación en la causa activa, por cuanto la ausencia del derecho sustancial a recibir una indemnización es asunto que se ventila por vía de excepción de mérito, porque buscaría enervar las pretensiones de la demanda.
445. Pero este Tribunal reconoce que la parte convocada puede incurrir en error al utilizar el nombre de una excepción de mérito como ha ocurrido en este caso, pero no por ello debe desecharse, por cuanto lo que interesa no es el nombre que se le dé al respectivo medio de defensa, sino los supuestos fácticos en que se base. Por ello abordará la excepción con base en los hechos planteados.
446. La parte convocada ha sustentado su medio de defensa en el denominado “Acuerdo directo de reclamación del Distrito con ocasión del incidente del emisario submarino”, suscrito el 17 de febrero de 2011, celebrado entre Acuar y el Distrito de Cartagena, tema sobre el cual ya este Tribunal se pronunció, razón por la cual nos remitimos a lo expresado en esa parte del laudo.
447. De las conclusiones adoptadas en esa parte del laudo, puede seguirse que el Distrito de Cartagena no carece de legitimación en la causa frente a la parte convocada para reclamar perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de interventoría, por cuanto El Distrito de Cartagena y Halcrow Group Ltd. son las partes de dicho contrato. En cuanto al derecho sustancial del Distrito de Cartagena a reclamar perjuicios a la parte convocada, quedó probado que si lo tiene, pues fue víctima de unos perjuicios derivados del incumplimiento de dicho contrato, aunque no se le haya condenado a pagar la totalidad de los perjuicios derivados del hundimiento del emisario submarino.

C. Excepción de cobro de lo no debido

448. La parte convocada ha sustentado esta excepción en la cláusula quinta del acuerdo de arreglo directo, conforme al cual “...las partes consideran resueltas sus diferencias surgidas con ocasión de la reclamación presentada por el Distrito y con ocasión a la terminación de las obras necesarias para culminar el contrato

de obra civil No.ALC-01-BM-2008, por tal razón, una vez cumplidas las obligaciones derivadas del presente acuerdo, las partes se declaran a paz y salvo con ocasión de todos los hechos relacionados o vinculados con las obras de construcción del Emisario Submarino y el incidente del 02 de diciembre de 2010". Interpretando esa cláusula, la parte convocada concluye que, en consecuencia, el Distrito de Cartagena no sufrió ningún daño ni perjuicio patrimonial, porque no tuvo que recurrir a sus propios recursos, es decir no aportó recursos diferentes a los contemplados en el contrato de obra.

449. La parte convocante, a su turno, sostiene que la parte convocada intenta con este medio exceptivo, nuevamente, valerse del acuerdo de arreglo directo celebrado entre el Distrito de Cartagena y Acuacar el 17 de febrero de 2011, para plantear un supuesto cobro de lo no debido con la presente demanda. Lo anterior, bajo la consideración de que el Distrito y Acuacar se declararon en dicha oportunidad recíprocamente a paz y salvo. Señala que en la equivocada lectura que la demandada hace de esa disposición contractual, la recíproca declaración a paz y salvo que se hizo comportaría que el Distrito no habría sufrido entonces daño alguno ni perjuicio patrimonial, porque el acuerdo contempló que el Distrito no tendría que girar recursos adicionales para la reconstrucción del emisario. Al respecto, la convocante remite nuevamente a lo planteado en la oposición a las excepciones de Halcrow en esta materia, donde claramente se puede concluir que el cobro de lo no debido no tiene asidero alguno, porque el paz y salvo entre mandante y mandatario, y el acuerdo conjunto entre ellos para obtener diversas fuentes de financiación para rehacer lo que la negligencia de Halcrow llevó a que se perdiera, en modo alguno puede entenderse como la inexistencia de daño, ni muchos menos como resarcimiento del mismo. Sostiene la convocante que diversos documentos y testimonios dan cuenta de que Acuacar, adoptando una actitud que merece el reconocimiento de toda la comunidad, aceptó proveer temporalmente recursos para la finalización de las obras.⁴³⁴ Es evidente que el Distrito debe asumir esos valores, y que Acuacar no los regaló; consciente de la situación de las finanzas públicas, la empresa de acueducto postergó su reembolso, atenta como está junto con el Distrito, al desenlace de los procesos indemnizatorios como el que ahora nos ocupa. Es muy claro en el Acuerdo de Arreglo Directo, en las rendiciones de cuentas realizadas, y en testimonios como el de la exalcaldesa de la ciudad, que el Distrito debe responder por los recursos que han sido utilizados para completar la obra, y que los debe reconocer, incluso con intereses. Concluye la parte convocante que claramente lo que ahora se cobra por parte del Distrito, no es indebido ; que la demandada intente escarbar en los pormenores del mecanismo utilizado por el Distrito para reponer la obra, e intente presentar la situación como si el Distrito no estuviera afectado, desdice de la realidad: el Distrito y Acuacar en un acuerdo armónico y en pro de la ciudad, encontraron una fórmula para reponer la obra, pero se trata de recursos que, en parte salieron directamente de las arcas del Distrito, y en parte se encuentran pendientes de que se las retribuya a quien las proveyó para superar la crisis que se vivió, es decir, a Acuacar.

⁴³⁴ Señala la cláusula primera del acuerdo de arreglo directo:

*“CLAUSULA PRIMERA: Acuacar como organismo executor del convenio de préstamo 7404 CO, se compromete con la debida diligencia y eficiencia a culminar las obras para restituir la integridad del Tubo Emisario Submarino y completar la totalidad de las obras a fin de cumplir el objeto del Contrato de Obra Civil N° ALC - 01 - BM – 2008. Para este propósito, Acuacar utilizará los recursos distritales inicialmente previstos para este contrato y -si fuese necesario- dispondrá, a su costa, de recursos adicionales, en forma definitiva o **transitoria**, directamente o por otras vías o fuentes, en especial de recursos de terceros gestionados en forma conjunta por las partes, con el propósito de preservar su sostenibilidad económica – financiera como lo ha venido haciendo hasta la fecha.”*

Nada de eso afecta la órbita de la responsabilidad que claramente el honorable tribunal puede y debe a nuestro respetuoso juicio derivar de la interventora Halcrow.

450. Para resolver, el Tribunal considera que si se examinan los hechos y argumentos de esta excepción, fácilmente se llega a la conclusión de que son los mismos utilizados en la excepción de falta de legitimación en la causa material activa; sola hubo un cambio de nombre de la excepción. Por ello, finalmente todo se limita a una valoración o interpretación jurídica de lo que es el acuerdo de arreglo directo y las rendiciones de cuenta posteriores, lo cual este Tribunal hizo anteriormente, razón por la que no se detendrá en otro tipo de análisis, sino que nos remitimos a lo expresado y por ello se concluye que esta excepción no tiene vocación de prosperidad, tal como se dirá en la parte resolutive.

D. Excepción de indebida acumulación de pretensiones

451. La parte convocada ha sustentado este medio de defensa en que las pretensiones son contradictorias, repetitivas y se excluyen entre sí. Manifiesta que la segunda pretensión principal debe negarse pues Halcrow no es ni ha sido parte del contrato de obra y en dicha pretensión se pide que se declare la responsabilidad patrimonial de dicha compañía por los daños causados durante la ejecución del contrato de obra civil; además el Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre esta pretensión. En cuanto a la tercera pretensión principal, acumula varias reclamando simultáneamente intereses de mora y actualización de valores adeudados, los cuales son excluyentes, pues los intereses de mora incluyen ajuste monetario. Manifiesta que igual ocurre con las pretensiones quinta, sexta, séptima y octava. Dice que la pretensión sexta es repetitiva de la tercera, por lo cual debe desestimarse y en cuanto a la pretensión séptima reclama indexación además del mayor valor de la obra, por tanto doble actualización, razón por la cual debe desestimarse. En lo que respecta a la primera pretensión subsidiaria, dice que no se entiende cómo la declaración de existencia del contrato puede ser subsidiario, cuando de dicho contrato se derivan las pretensiones principales de la demanda; igualmente se queja de que repite la pretensión novena principal, de tal manera que no habiendo subsidiariedad deben ser desestimadas dichas pretensiones. En cuanto a la segunda pretensión subsidiaria repite las pretensiones tercera y sexta principal, razón por la cual deben desestimarse.

452. La parte convocante al referirse a esta excepción se limitó a sostener que para no incurrir en innecesarias repeticiones, basta señalar que las pretensiones planteadas en la demanda no son contradictorias o excluyentes entre sí, y cumplen con los requisitos legales de contar con un mismo juez competente, y de ser susceptibles de tramitarse por el mismo procedimiento, de manera que intentar socavar la procedencia de las pretensiones, por la forma en que han sido formuladas, implicaría invadir la órbita propia del juicio sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones, que es el ejercicio de fondo que harán precisamente los señores árbitros al resolver la presente Litis.

453. Para resolver, el Tribunal considera que, en primer lugar, es importante destacar que la indebida acumulación de pretensiones no es asunto que configure una excepción de mérito, pues se trata de un tema que el convocado debió reclamar mediante recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda. La debida acumulación de pretensiones es un requisito formal de la demanda, que ante la justicia ordinaria podría reclamarse mediante recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda o plantearse a través de

excepción previa de ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones⁴³⁵. En efecto, el artículo 85 numeral 3 del Código de Procedimiento Civil,⁴³⁶ señala que el juzgador declarará inadmisibles las demandas “Cuando la acumulación de pretensiones en ella contenida no reúna los requisitos exigidos por los tres numerales del primer inciso del artículo 82”.

454. Dispone la última de las normas citadas, que los elementos que deben estar presentes en una acumulación de pretensiones son los siguientes: que el juzgador sea competente para conocer de todas las pretensiones propuestas; que las pretensiones planteadas no se excluyan entre sí y finalmente que todas puedan tramitarse por el mismo procedimiento. El inciso final del artículo 82 citado es claro en cuanto al saneamiento de esta irregularidad procesal si no se reclama en oportunidad legal: “Cuando se presente una indebida acumulación que no cumpla con los requisitos previstos en los dos incisos anteriores, pero con los tres numerales del inciso primero, se considerará subsanado el defecto cuando no se proponga oportunamente la respectiva excepción previa”.

455. En conclusión, la indebida acumulación de pretensiones ha sido tratada por la ley procesal civil como un problema de demanda en forma, que debe ser discutido en las primeras etapas del proceso; en este caso debió ser reclamado por la parte convocada por vía de recurso de reposición contra el auto que admitió la demanda, ante la improcedencia de las excepciones previas dentro del proceso arbitral.⁴³⁷ Tampoco tiene incidencia alguna esta circunstancia en el tema del presupuesto procesal de demanda en forma, por cuanto tuvo la oportunidad de remediarse en las primeras etapas del proceso.

456. Este tribunal comparte el criterio del tratadista Hernán Fabio López Blanco⁴³⁸ quien luego de no admitir el requisito de demanda en forma como presupuesto procesal, al referirse concretamente al defecto de indebida acumulación de pretensiones señala :

“La tesis que sostengo acerca de la ilegalidad de la sentencia inhibitoria presenta una duda qué sucede cuando se trata de una demanda cuyo defecto consiste en una indebida o una ininteligible acumulación de pretensiones.

En tales casos la Corte ha dicho en varias sentencias que el deber del juez es buscar la interpretación de la demanda en el sentido de que ésta produzca algún efecto e interpretarla para ir “tras lo racional y evitar lo absurdo”; luego se debe proceder a interpretar la demanda con base en las anteriores directrices, y dictar sentencia de acuerdo con lo que resulte probado bien condenatoria ora absolutoria, pero siempre decisoria”.

457. En efecto, la Corte Suprema de Justicia⁴³⁹, así lo dijo :

⁴³⁵ Artículo 97 numeral 7 del Código de Procedimiento Civil

⁴³⁶ Aplicable a este asunto por remisión del artículo 121 de la ley 446 de 1998 y normas concordantes.

⁴³⁷ Tal como lo señala el inciso final del artículo 121 de la ley 446 de 1998

⁴³⁸ Obra citada, p.995

⁴³⁹ Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia de 30 de octubre de 2007, con ponencia de la Magistrada Ruth Marina Díaz Rueda

“Lo ideal es que la demanda siempre sea clara, concreta y precisa; que en ella la parte actora exponga de manera inequívoca y sin ambigüedades no solo las reclamaciones que le hace a la contradictora para que el juez, en su momento, se las reconozca, sino también los distintos hechos que le sirven de fundamento, junto con la satisfacción de los restantes requisitos y anexos que en cada caso ha impuesto el legislador.

A pesar de la aspiración anterior, se presentan eventualidades, más comunes de lo que se piensa, en las cuales dicho escrito no es claro, ni preciso, ni concreto y, por el contrario, es ambiguo y confuso. La solución en estos casos, si la situación no es subsanada en los inicios con la providencia inadmisoria ordenando la corrección de los defectos que se adviertan, le corresponde al juzgador al instante de decidir de fondo el asunto, lo que hace en ejercicio de la facultad-deber de interpretar la demanda, desentrañar su alcance.

Naturalmente que, en cumplimiento de ello no puede apartarse de la voluntad manifestada por el accionante, esto es, no la puede sustituir a su albedrío. Tiene como límite o barómetro de su actividad la de encauzar su escrutinio hacia lo lógico prescindiendo de lo disparatado. No es más que acatar el postulado del artículo 4° del código de los ritos procesales que impone como objeto del procedimiento el de hacer efectivos los distintos derechos subjetivos de los querellantes reconocidos por la ley sustancial. Además, es el camino imperativo que debe seguirse para, conforme lo manda el artículo 39 ibídem, no dictar sentencias inhibitorias en las cuales nada se decide ni se soluciona, desatendiéndose de esta forma la finalidad propia del proceso que es la de dilucidar una determinada contención judicial.

Al respecto la Corporación tiene sentado, en relación con la aludida prerrogativa hermenéutica, que debe hacerse "...con el fin de no sacrificar un derecho y siempre que la interpretación no varíe ni modifique los capítulos petitorios del libelo. En la interpretación de una demanda, ha dicho la Corte, existe el poder necesario para ir tras lo racional y evitar lo absurdo..." (G.J. tomo XLIV, pág.439)".

458. Para finalizar, es importante precisar que no configura indebida acumulación de pretensiones que la parte demandante formule pretensiones que desde el punto de vista del derecho sustancial no son acumulativas, como ocurre con los intereses y la indexación, porque en el evento de su improcedencia simplemente se niegan por parte del juzgador al momento de fallar de fondo.

459. Con base en los argumentos anteriores, este Tribunal declarará la no prosperidad de la excepción de indebida acumulación de pretensiones propuesta por la parte convocada.

E. Ausencia de los presupuestos de la indemnización

460. La parte convocada finca este medio exceptivo en la idea de que el daño debe ser cierto y directo para que sea indemnizable; pero además, debe ser consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contenidas en el

contrato y exista comportamiento culposo de la parte incumplida. Manifiesta que Halcrow no ha incumplido el contrato de interventoría, razón por la cual no está obligada a indemnizar. La causa del daño no está probada y ello corresponde a Dimar y si el daño se debe al incumplimiento del contrato de obra debe responder el contratista de la misma, pero no el interventor. Insiste en el argumento de que no hay daño exigible por cuanto se encuentra resarcido para el Distrito de Cartagena en virtud del denominado acuerdo de arreglo directo. Por tanto, no puede reclamarse doble indemnización por el mismo hecho.

461. Frente a este medio exceptivo, la parte convocante manifiesta que existe abundante acervo probatorio que contradice totalmente estas apreciaciones, puesto que los incumplimientos fueron numerosos, además de que el daño es palpable y cuantioso. Frente al argumento de Halcrow consistente en que *“Corresponde a la DIMAR establecer las razones del accidente”*, manifiesta que no existe prejudicialidad ni que se encuentre en modo alguno el presente proceso arbitral sometido a lo que se defina por otras autoridades como la marítima en su respectivo ámbito de competencia, sin perjuicio de que se pueda atender el señalamiento que hace la demandada, y acudir a lo que ya estableció la DIMAR en materia de las razones del accidente. Concluye la parte convocante manifestando que es claro que existe incumplimiento atribuible a Halcrow, y que hay un nexo claro, cierto, directo y probado entre tal incumplimiento y el daño causado al Distrito. Imposible entonces romper o evadir el nexo causal que vincula directamente a Halcrow con lo acontecido, sobre todo cuando el daño existe, y el intento de mostrar que el Distrito de Cartagena no sufre perjuicio o desmedro queda desvirtuado con las consideraciones hechas en el punto anterior.

462. El Tribunal declarará esta excepción como improcedente, de conformidad con lo expuesto en este laudo en apartes anteriores, en los que se concluye que la parte convocante demostró los presupuestos de la responsabilidad civil contractual, entre los cuales se encuentra la existencia y cuantía de los perjuicios en los montos señalados en su momento. A dichos fundamentos se remite este Tribunal, para no abundar en los mismos argumentos, en aras de la brevedad.

F. Excepción de enriquecimiento sin causa

463. La parte convocada ha sustentado este mecanismo de defensa en que no existe una causa que justifique el eventual aumento patrimonial del Distrito de Cartagena y la consiguiente disminución patrimonial de Halcrow, por cuanto los perjuicios que se reclaman no se derivan del contrato de interventoría debido a que dicha compañía cumplió sus obligaciones, sino del contrato de obra; además porque carece de justificación que los perjuicios derivados del contrato de interventoría superen en 40 veces la cuantía de dicho contrato y que no persiga al contratista de la obra a sabiendas de que los perjuicios fueron de su exclusiva y directa responsabilidad.

464. La parte convocante se refiere a esta excepción manifestando que no se presentan en el caso que nos ocupa los presupuestos del denominado enriquecimiento sin causa, pues dicha figura consiste en el incremento patrimonial de una persona con el correlativo empobrecimiento de otra, sin que medie causa jurídica, circunstancias que, en parte alguna, se presentan en este caso, puesto que ninguno de los tres elementos mencionados concurre: el patrimonio del Distrito no se ha incrementado ni se incrementará con la indemnización solicitada; por lo pronto, se vio menoscabado con los pagos que se hicieron para una obra que no se recibió, y que hubo de rehacerse con un esfuerzo mayúsculo. Sostiene que Halcrow no se ha empobrecido, ni se

empobrecerá sin causa, si resulta condenada: la causa jurídica perfectamente válida se encuentra en su responsabilidad en la acusación del daño. Nada tiene que ver en este caso la proporción que pueda existir entre el valor del Contrato de Interventoría, y el valor del daño irrogado. Perfectamente el interventor, cuya labor tenía un precio determinado, puede por sus actuaciones y omisiones causar daños que superen varias veces el valor de su remuneración, puesto que no hay ninguna cláusula contractual que limite su responsabilidad en tal sentido. Precisamente, la diligencia que ha debido observar y no observó, el rigor que ha debido exhibir y que no exhibió, en suma: el incumplimiento reiterado que las pruebas del proceso ponen en evidencia, perfectamente permiten concluir, que hay una causa jurídica clara para derivar responsabilidad del interventor. Afirma que la circunstancia de que el Distrito de Cartagena persiga el resarcimiento del daño en contra del interventor se encuentra plenamente justificado, y por el contrario, el supuesto enriquecimiento y sus tres elementos configurantes no han sido, en modo alguno, demostrados ni probados. Y una vez más, el intento que hace Halcrow de mostrar que el Distrito no sufre perjuicio o desmedro, queda desvirtuado con las consideraciones hechas antes.

465. Para resolver, el Tribunal cita a la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha señalado tres elementos para que se estructure la figura del enriquecimiento sin causa y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico.
466. La parte convocada ha partido de un enriquecimiento sin causa que no se ha generado aún, por cuanto lo hace consistir en una eventual condena dentro de este proceso arbitral, razón por la cual no es procedente esta figura.
467. Este Tribunal observa que, en el fondo, lo que está planteando la convocada es la falta de nexo causal entre el daño y la conducta de Halcrow, porque la ausencia de causa que justifique el enriquecimiento y empobrecimiento correlativos está centrado en ese nexo causal, es decir, en que el posible daño que haya soportado el Distrito de Cartagena tenga como causal el incumplimiento del contrato de interventoría celebrado con Halcrow Group Ltd.
468. Ya en apartes anteriores de este laudo, el tribunal consideró que en este caso se encuentran estructurados los elementos de la responsabilidad civil contractual, entre ellos el citado nexo causal, consistente en que el daño que sufrió el Distrito de Cartagena tuvo como causal el incumplimiento del contrato de interventoría celebrado con Halcrow Group Ltd., razón por la cual no abundará en más argumentos al respecto y se remitirá a los mismos, en aras de la brevedad, para concluir finalmente que en este caso no se ha configurado un enriquecimiento sin causa del Distrito de Cartagena y un empobrecimiento correlativo de la parte convocada, razón por la cual está excepción no prosperará.

G. Excepción de contrato cumplido

Halcrow ha fincado esta excepción en que cumplió puntual, completa y oportunamente con las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de interventoría, pues en los informes mensuales reportó el estado, desarrollo y no conformidades del citado contrato, advirtiendo todas y cada una de las fallas en que

incurrió EDT. Manifiesta que durante la ejecución del contrato de interventoría nunca recibió ningún aviso, observación o comentario relacionado con el incumplimiento de sus actividades como interventor. Por el contrario, sólo recibió felicitaciones por su gestión.

Halcrow destaca que el contratista de la obra durante la ejecución del contrato de obra nunca cumplió con el cronograma de ejecución de actividades que él mismo presentó y que esta situación fue informada en varias oportunidades por Halcrow a Acuar, en su calidad de contratante y jefe de obra, mediante los informes mensuales de abril de dos mil nueve (2009) hasta noviembre de dos mil diez (2010) (Pruebas No. 30 y 31 Tomos II y III de los Anexos de la demanda y Prueba No. 32) y que Acuar en las calidades mencionadas, nunca tomó las acciones pertinentes establecidas en el contrato (cláusulas 20 y 49 de las CGC de Obra) y en la ley para apremiar al Contratista a cumplir o para suspender o terminar el Contrato de Obra (Prueba No. 11 Folios 158 y 175 Tomo I de los Anexos de la demanda).

Igualmente manifiesta la convocada que en el informe mensual de julio de dos mil nueve (2009) (Prueba No. 30 Folios 1151 a 1178 Tomo II de los Anexos de la demanda), la Interventoría manifestó la falta de capacidad y de experiencia en la administración del contrato por parte de los directores de EDT.

Sin embargo, Acuar, en su condición de Contratante y Jefe de Obra, no tomó ninguna de las medidas establecidas en las cláusulas 20 y 49 de las CGC de Obra (Prueba No. 11 Folios 158 y 175 Tomo I de los Anexos de la demanda). Que en el informe mensual de mayo de dos mil diez (2010) la interventoría (Prueba No. 31 Folios 1717 a 1757 Tomo II de los Anexos de la demanda) dejó constancia que, junto con Acuar, elaboró un oficio que contenía los incumplimientos del contratista que eran susceptibles de sancionar mediante multas, el cual quedó a disposición del Jefe de Obra para aplicarlo cuando estimara.

Sin embargo, Acuar en su calidad de jefe de obra no lo aplicó. Que igualmente, en el informe mensual de junio de dos mil diez (2010) (Prueba No. 31 Folios 1758 a 1798 Tomo III de los Anexos de la demanda y Prueba 51) la Interventoría reiteró la sugerencia dirigida a Acuar en su calidad de jefe de obra, de imponer multas al Contratista de acuerdo con lo establecido en las cláusulas 20 y 49 de las CGC de Obra (Prueba No. 11 Folios 158 y 175 Tomo I de los Anexos de la demanda). No obstante, el jefe de obra, continuó con su actitud permisiva y no impuso las multas que aplicaban a los incumplimientos mencionados en los informes mensuales.

También aduce que en mayo de 2010, se discutió el tema de las multas con la abogada Leda Eugenia Retamoso López, contratada por Acuar, en representación del Distrito de Cartagena, para preparar un concepto respecto de la aplicación de la cláusula 20 del Contrato de Obra. Dicha abogada redactó un documento para que fuera firmado por Francisco Pérez Tena, Gerente General de Acuar, en el que se hacía efectiva la imposición de las multas (Prueba No. 51) y Acuar, en su calidad de jefe de obra, decidió sin justificación, no hacer efectivo el documento y no imponer las multas que se habían contemplado para los incumplimientos reportados por la Interventoría. Que por otro lado, la Interventoría informó a Acuar que el Contratista no tenía la capacidad técnica para desarrollar el contrato de obra, situación que había sido informada por la interventoría, en el informe ejecutivo del treinta (30) de septiembre de dos mil diez (2010) (Prueba No. 41) y en el informe mensual correspondiente al mismo mes (Prueba No. 32). Que respecto de la capacidad económica del Contratista, en los informes de enero y febrero de dos mil diez (2010) (Prueba No. 31 Folios 1533 a 1608 a Tomo II de los Anexos de la demanda), la Interventoría reiteró su

preocupación sobre el hecho que éste se encontraba en insolvencia y que por tal motivo carecía de fondos de financiamiento para la continuidad del contrato de obra. Que en el informe de mayo de dos mil diez (2010) (Prueba No. 31 Folios 1717 a 1757 a Tomo II de los Anexos de la demanda), la interventoría manifestó que el contratista no contaba con un flujo de caja continuo que garantizara la operatividad del contrato de obra. También manifestó su preocupación por el hecho de que el personal básico, tanto en la oficina como los ingenieros de campo, fue relevado de sus cargos y no había interlocutor en ningún área, técnica o administrativa. Que Acuacar, en su calidad de jefe de obra, aun cuando conocía estas situaciones que impedían la adecuada ejecución de la obra, no rescindió el contrato ni tomó las acciones legales correspondientes.

De la misma manera manifiesta que por el contrario, permitió que el mismo se siguiera ejecutando con las irregularidades expuestas en los informes de manera reiterada por parte de la Interventoría. Sólo hasta enero de dos mil once (2011), cuando el plazo de ejecución del Contrato de Obra ya había vencido y el incidente ya había ocurrido, Acuacar decidió enviar a EDT las comunicaciones notificándole la imposición de multas (Pruebas No. 96, 97, 99, 100, 101 Tomo IV de los Anexos de la demanda). Por lo anterior, no puede ahora alegarse el incumplimiento de Halcrow, para luego aducir su responsabilidad por los daños causados en la ejecución del contrato de obra del cual no era parte.

469. La parte convocante rechaza los argumentos planteados por la convocada, manifestando que repite mecánicamente en la contestación, que *“Halcrow cumplió puntual, completa y oportunamente con las obligaciones a su cargo derivadas del Contrato de Interventoría”*, cuando las pruebas demuestran exactamente lo contrario: que la interventora fue impuntual, que avaló cambios sin el lleno de requisitos mínimos, protocolos técnicos dejados de hacer o indebidamente aprobados a ciencia y paciencia, e incurrió en múltiples incumplimientos parciales o totales de muchas de sus responsabilidades, y que en no pocas ocasiones actuó por fuera de las oportunidades en las que ha debido actuar. Señala que para dar apariencia de cumplimiento a sus compromisos, invoca Halcrow el hecho de no haber recibido reparos sino felicitaciones por su labor. Sin embargo, el rasero para medir el cumplimiento de sus obligaciones no son los aplausos, sino el cotejo de sus actos u omisiones con los compromisos establecidos en el contrato, y ello solo conduce a una conclusión clara: el palmario incumplimiento de elementales deberes a cargo de un interventor. Que por más de que Halcrow haya puesto de presente determinadas falencias, y por más de que haya rendido los informes previstos en el Contrato de Interventoría y producido un voluminoso cuerpo documental sobre la construcción del emisario, lo cierto es que todo ello no puede hacer perder de vista que el contrato, en específicos y muy relevantes deberes, se incumplió en lo fundamental, asegurar la calidad y seguridad de la obra, vigilar que se cumplieran los aspectos técnicos de ingeniería de una forma acorde al diseño original y se realizaran las pruebas y controles que permitieran verificar condiciones de calidad y seguridad en la obra, como se detalla en el acápite III de los presentes alegatos. Que por más señalamientos puntuales que Halcrow haya hecho, lo cierto es que la interventora no emitió notas de no conformidad, que han debido dar cuenta de asuntos graves, autorizó todos los pagos y no solicitó en ningún momento –muy a pesar de los riesgos palmarios– la suspensión de las obras. Abstracción hecha del equívoco varias veces mencionado según el cual la jefatura de obra le correspondía a Halcrow y no a Acuacar, la realidad es que Halcrow avaló y aprobó cambios a sabiendas de que no cumplían los requisitos, empleó mecanismos inadecuados, no realizó los estudios y cálculos a que se obligó para determinar que la obra, sus elementos y etapas estaban desarrollándose de una forma adecuada que garantizara la calidad y seguridad de la obra, no realizó las pruebas contenidas en los protocolos, procederes deficientes, cuando ha debido y podido impedirlos. Muy lejos estamos, por ende, del pretendido cumplimiento

impoluto del contrato de interventoría que la defensa de la demandada pretende plantear. Que para aterrizar los eventos que dan cuenta de los incumplimientos, valga reiterar sumariamente algunas de las faltas y los hechos dañinos, que en otras oportunidades ha señalado, y que se pueden resumir en que Halcrow: (i) autorizó unilateralmente cambios en los diseños originales de manera indebida y con soportes insuficientes; (ii) autorizó que se cambiara el material de refuerzo de los lastres sin contar con la documentación que ella misma había exigido para garantizar que el nuevo material fuese adecuado; (iii) autorizó que se cambiara el material de refuerzo de los lastres, sin contar con las pruebas de laboratorio y técnicas que garantizaran la idoneidad de los lastres bajo este nuevo diseño; (iv) toleró las múltiples roturas de los lastres, sin exigir una explicación de fondo; (v) permitió que en los lastres se usaran bandas de caucho que no estaban contempladas en el proyecto, y que se incumplieron las especificaciones técnicas en relación con los compensadores; (vi) avaló unas pruebas de deslizamiento deficientes e incompletas; (vii) dejó pasar por alto dos incidentes previos que generaban dudas frente a la idoneidad de la tubería para ser trasladada (una rotura de la tubería ocurrida el 2 de octubre de 2010, y el encallamiento o embancamiento de la tubería a la salida de la Bahía de Cartagena el 29 de noviembre de 2011, sin tener certeza sobre la hermeticidad de tubo ya que no realizaron las pruebas); (viii) omitió una serie de controles esenciales que debía realizar, como verificar la idoneidad de los subcontratistas, revisar el estado, la capacidad y los equipamientos de los remolcadores; (ix) dejó de exigir algunos requisitos esenciales para garantizar la seguridad de la operación, como la batimetría de la ruta, la prueba de estanqueidad y la existencia de un plan de riesgos detallado; (x) no cumplió con su obligación de ejercer un control continuo e *in situ* del desarrollo y avance de la obra y en especial de las actuaciones contractuales de EDT; (xi) olvidó exigir la póliza de riesgos para la maniobra de traslado e instalación de la tubería, y no realizó un control efectivo del zanjado en la zona donde habría de instalarse el Emisario Submarino; (xii) permitió que el traslado de la tubería se hiciera en una ruta no establecida y no autorizada. Que las anteriores circunstancias hubieran sido razón suficiente para que Halcrow impidiera que la maniobra se realizara ese día y en esas condiciones, pero el incumplimiento más grave consistió, precisamente, en que Halcrow, consciente de estos hechos y de los riesgos y delicadeza de la maniobra, haya permitido y/o autorizado que esta misma se iniciara en el día y con las condiciones indebidas desarrolladas por el constructor. Los anteriores hechos son suficientes para sentenciar el incumplimiento del contrato por parte de Halcrow, puesto que dicha compañía debía asegurar, mediante una interventoría integral y proactiva, la calidad del desarrollo del contrato de construcción del emisario submarino. Toda la cadena de errores propiciados o auspiciados por Halcrow incidieron en el hecho dañino y el mismo tiene como causa eficiente la conducta activa u omisiva de Halcrow.

470. Para resolver, el Tribunal considera que través de esta excepción denominada “Contrato cumplido”, la parte convocada ha querido demostrar que fue diligente y proactiva en el cumplimiento de sus obligaciones, y que en consecuencia no se le puede achacar incumplimiento de sus obligaciones en la ejecución del contrato de interventoría, tema sobre el cual, este Tribunal tuvo oportunidad de pronunciarse en este laudo, en el sentido de que efectivamente Halcrow Group Ltd. sí incurrió en diversas conductas que configuran incumplimientos de sus obligaciones contractuales, sea por acción o por omisión. Como tales argumentos se encuentran expresados de manera clara y precisa en este laudo, el Tribunal se remite a los mismos, en aras de la brevedad para concluir, entonces, que esta excepción no tiene vocación de prosperidad, tal como lo indicará en la parte resolutive de este laudo.

H. Excepción de responsabilidad exclusiva de Acuacar como jefe de la obra y de EDT Marine Construction Cartagena Outfall como constructor del emisario submarino

471. La parte convocada fundamenta esta excepción en que la cláusula 6.3.1. de las Condiciones Generales del Contrato (Prueba No. 76) establece que “No obstante las obligaciones que se establecen más adelante de mantener pólizas de seguro, el Contratista (EDT) es y permanece como único responsable y protege al Contratante y al Jefe de Obra contra cualquier reclamación de terceros por concepto de indemnización por daños de cualquier naturaleza, o por lesiones corporales como consecuencia de la ejecución del presente contrato por el contratista, sus subcontratistas o el personal de estos.” y la cláusula 9.8 que señala: “El contratista será el único responsable de las consecuencias perjudiciales, de los fraudes o defectos de construcción que cometan las personas que empleen la ejecución de las obras.” Que el Jefe de Obra es responsable del incumplimiento que alega el Distrito de Cartagena, de conformidad con la cláusula 2.1. de las condiciones generales del Contrato de Obra, que señala: “El “Jefe de Obra” es la persona física o jurídica que, por su competencia técnica, ha sido encargada por el Contratante de dirigir y supervisar la ejecución de las obras y de proponer su recepción y su pago...”. Que al respecto, la cláusula 7.0 de los Términos de Referencia que hacen parte integral del contrato de interventoría CONSUL-02- BM-2008 (Prueba No. 161 de los anexos de la demanda) establece que: “La interventoría no forma parte del contrato de construcción entre el contratista y Acuacar ni tiene el rol de ingeniero de diseño del contrato ni gerente de obras”. Que el gerente de obras al que se refieren los Términos de Referencia, es el Jefe de Obra del Contrato de Interventoría y que las condiciones generales del Contrato de Obra señalan en la cláusula 1.3. que el Jefe de Obra es Aguas de Cartagena. Que esta calidad así descrita exige, entonces, la diligencia de Acuacar y no de Halcrow como reclama el Distrito de Cartagena. Que el Acuerdo de Arreglo Directo celebrado entre el Distrito de Cartagena y Acuacar el 17 de febrero de 2011, (Prueba No. 42), en la parte denominada SOLICITUD FORMAL DE SOLUCION MATERIAL A LOS EFECTOS PATRIMONIALES DEL INCIDENTE DEL TUBO EMISARIO, expresamente sostiene que: “Frente al Distrito y sus funcionarios, el órgano ejecutor Acuacar es responsable de las obras adelantadas con base en el Contrato de Obra civil No. ALC-01-BM-2008, que hoy 31 de enero de 2011 no se ha culminado. Desde el 2 de diciembre de 2010 se encuentra vencido el plazo del contrato y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION Y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, no ha entregado las obras debiendo asumir Acuacar de cara al Distrito y sus funcionarios una responsabilidad por tal efecto “. (El subrayado es nuestro). Como conclusión señala la parte convocada que resulta contradictorio que en el Acuerdo de Arreglo Directo el Distrito de Cartagena haya manifestado que la responsabilidad era de Acuacar y ahora con la presente demanda pretende que se declare la responsabilidad de Halcrow, por los incumplimientos de su mandatario como contratante y jefe de obra.
472. La parte convocante, a su turno, señala que con esta excepción Halcrow pretende desviar el juicio sobre su conducta hacia Acuacar y EDT, bajo la errada premisa de que Acuacar era el “jefe de obra” y, por ende, el responsable de la mayor parte de validaciones de los procedimientos del Consorcio EDT, y bajo la consideración también de que EDT sería responsable único de lo acontecido. Reitera que era Halcrow, y no Acuacar, el jefe de obra, tanto en las implicaciones probatorias derivadas de los hechos IV.6 y IV.7 del cuadro, como en el literal “e” siguiente, apartados a los cuales remitimos, así como a las consideraciones planteadas sobre este

mismo tema en el documento de oposición a las excepciones de la demandada. La conclusión que emana de dichas consideraciones es clara, en el sentido de que Halcrow tiene una responsabilidad propia y directa, como las pruebas recabadas en este proceso arbitral demuestran, y es por dicha responsabilidad por la que está llamado a indemnizar.

473. Este Tribunal considera que la denominada “Excepción de responsabilidad exclusiva de Acuacar como jefe de la obra y de EDT Marine Construction Cartagena Outfall como constructor del emisario submarino” no tiene vocación de prosperidad, por cuanto se demostró que la convocada incumplió con diversas obligaciones derivadas del contrato de interventoría, tal como se indicó en otro acápite de este laudo, entre otras razones, porque se concluyó que, conforme al dictamen pericial rendido por el ingeniero Daniel Flórez, Halcrow Group Ltd. era quien ostentaba la condición de jefe de obra⁴⁴⁰, e independientemente de esta calificación, Halcrow incumplió con sus obligaciones como interventor, y dicho incumplimiento fue causa del daño irrogado al Distrito de Cartagena. Además, este Tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad de EDT Marine Construction, firma constructora del proyecto de Emisario Submarino, debido a que la competencia se circunscribe a determinar la responsabilidad contractual de Halcrow derivada del contrato de interventoría, que es el negocio jurídico que contiene el pacto arbitral del cual deriva la competencia este Tribunal.

I. Excepción de falta de legitimación en la causa material por pasiva

La parte convocada sustenta esta excepción en que el daño que alega el Distrito de Cartagena, se deriva del incumplimiento de las obligaciones del contratista del Contrato de Obra (EDT), razón por la cual Halcrow no es el responsable de los perjuicios reclamados. Que ello se evidencia en el Acuerdo de Arreglo Directo, donde Acuacar y el Distrito de Cartagena manifestaron que: “6. El día 2 de diciembre de 2010 ocurrió un grave incidente durante la maniobra de traslado a cargo del consorcio contratista que hizo que el “Tubo Emisario” se fraccionara, quedara a la deriva y se hundiera. Hoy en día el “Tubo Emisario” no existe en su totalidad, encontrándose en riesgo el Proyecto al faltar este componente esencial del mismo.” (Subrayado fuera del texto). Señala que el Acuerdo de Arreglo Directo, en el numeral primero del capítulo de solicitud formal de solución material a los efectos patrimoniales del incidente del tubo emisario, dispone: “Frente al Distrito y sus funcionarios, el órgano ejecutor Acuacar es responsable de las obras adelantadas con base en el Contrato de Obra civil No. ALC-01-BM-2008, que hoy 31 de enero de 2011 no se ha culminado. Desde el 2 de diciembre de 2010 se encuentra vencido el plazo del contrato y el CONSORCIO EDT MARINE CONSTRUCTION CARTAGENA OUTFALL, y las empresas solidarias en su conformación EDT MARINE CONSTRUCTION y EDT TOWAGE AND SALVAGE CO. LTD, no han entregado las obras debiendo asumir Acuacar de cara al Distrito y sus funcionarios una responsabilidad por tal evento.” Que por tanto el legitimado en la causa por pasiva es el consorcio contratista EDT en calidad de ejecutor de la obra y Acuacar como Jefe de Obra. Adicionalmente, sostiene la parte convocada, que la indemnización del daño no es exigible, pues en la presente Litis los daños derivados por la pérdida del emisario submarino ya se encuentran resarcidos para el Distrito de Cartagena según el ACUERDO DE ARREGLO DIRECTO (Prueba No. 42). Por lo que no puede pretender el Distrito que se le pague más de una vez la indemnización por

⁴⁴⁰ Por tanto este Tribunal incorpora dicha parte del laudo como un pronunciamiento a esta excepción.

un mismo daño.

474. La parte convocante, a su turno, manifiesta que, sin perjuicio de la responsabilidad que en otros escenarios puedan derivarse de EDT, y que legalmente no podían ventilarse en este proceso arbitral porque EDT no hace parte de la cláusula compromisoria del Contrato de Interventoría, sin que exista además norma que impida ni condicione el proceso que ahora nos ocupa a ninguno otro, lo cierto es que se pretende establecer en este tribunal la responsabilidad que le asiste a Halcrow en tanto interventor. Manifiesta la convocante que en ningún momento se ha pretendido imputar a Halcrow hechos u omisiones que no sean las suyas propias. Si hubo defectos constructivos o errores en el traslado del tubo emisario submarino que no estén clara, directa y comprobadamente atados a comportamientos de Halcrow, bien sea de acciones que efectivamente desplegó, o de omisiones en las que incurrió que constituyeran incumplimientos contractuales, evidentemente que tales defectos no se pretenden achacar al interventor. Lo que aquí se busca, y que será precisamente objeto de la decisión que de fondo adopte el tribunal, es establecer con claridad la incidencia que la conducta de Halcrow tuvo en la pérdida del emisario submarino, y el grado de responsabilidad que por ende le asiste en resarcir los daños causados en tan lamentable suceso. A nuestro juicio, está demostrado con las pruebas del proceso, que la responsabilidad del interventor es insoslayable, y que las omisiones y errores en la construcción y traslado de la tubería provienen directamente de su negligencia. De manera que la legitimación en la causa por pasiva existe, y está perfectamente establecida, y no hay impedimento jurídico procesal en ese ámbito que impida examinar el fondo de la Litis y derivar la responsabilidad que le asiste a la firma interventora.

475. Para resolver, el Tribunal considera que la parte convocada ha planteado esta excepción, que ha denominado falta de legitimación en la causa material por pasiva, bajo el argumento de que la persona legitimada en la causa pasiva no es Halcrow Group Ltd., como firma interventora del contrato de obra, sino que lo es el Consorcio EDT en su calidad de ejecutor de la obra y además Acuacar como jefe de obra. Si se observan los hechos de esta excepción se concluye que básicamente son los mismos expuestos en la excepción anterior, solo que se cambió el nombre de la misma, razón por la cual este Tribunal se remite a los argumentos de aquella, para concluir que dicha excepción no tiene vocación de prosperidad.

XV. Pronunciamiento sobre las pretensiones

476. Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, el Tribunal procede ahora a pronunciarse sobre las pretensiones de la demanda, conforme al escrito de reforma presentado por la parte convocante, en los términos que siguen.

En la primera pretensión principal, la convocante pide que se declare la responsabilidad patrimonial de HALCROW por los daños sufridos por el Contratante (el Distrito de Cartagena), durante la ejecución del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008, y que se le ordene pagar el valor de los mismos debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses. Respecto de esta pretensión, la sociedad convocada ha alegado que nunca hubo incumplimiento del contrato, pues HALCROW cumplió puntualmente todas sus obligaciones, como lo demuestra el hecho que Acuacar, ni el Distrito de Cartagena, jamás presentaron notas de inconformidad a la interventoría y, por ende, cualquier perjuicio o daño causado no es derivado de la ejecución del contrato de interventoría. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión

solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito.

El Tribunal no accederá a condenar a Halcrow Group Limited a pagar al Distrito de Cartagena de Indias los perjuicios sufridos durante la ejecución del contrato de interventoría, por cuanto los probados dentro del proceso, tuvieron como causa el hundimiento del emisario submarino y no circunstancias anteriores.

En la segunda pretensión principal, la convocante pide que se declare la responsabilidad patrimonial de la empresa Halcrow por los daños sufridos por el Contratante (el Distrito de Cartagena) que deberán ser debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses, durante la ejecución del Contrato de Obra Civil ALC-01-BM-2008 suscrito el 11 de febrero de 2008, cuya interventoría estuvo a cargo de Halcrow. A esta pretensión se ha opuesto Halcrow, argumentando que ella no es parte del contrato de obra, y que la cláusula compromisoria del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008, no ampara el contrato de obra; adicionalmente, señala que en los términos de referencia del contrato de interventoría se expresó que el único encargado del contrato de obra era Acuacar, empresa que actuaba como órgano ejecutor y era la responsable por cualquier incumplimiento de dicho contrato; agrega que, si en gracia de discusión se pudiera imputar responsabilidad a Halcrow, sería por un evento de responsabilidad extracontractual y la cláusula compromisoria no abarca dicho tema. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito pues era Halcrow quien debía señalar su no conformidad con todos los incumplimientos del contratista ya que fue contratado por sus conocimientos técnicos.

El Tribunal no accederá a condenar a Halcrow Group Limited a pagar al Distrito de Cartagena de Indias los perjuicios sufridos durante la ejecución del contrato de obra con EDT, por cuanto los probados tuvieron como causa el hundimiento del emisario submarino y no circunstancias anteriores.

En la tercera pretensión principal, la convocante pide que se declare puntualmente el incumplimiento del contrato de interventoría por parte de Halcrow y/o el incumplimiento de sus obligaciones genéricas o específicas; que se declare que el contratante sufrió daño antijurídico con ocasión del incidente donde se perdió el Emisario Submarino; que se declare que el Contratante sufrió daños con ocasión de la ejecución imperfecta y/o daños derivados por las faltas cometidas por Halcrow en su condición de interventor; y que se condene a pagar una suma superior a cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153'287.303) pesos moneda corriente, o lo que establezca en el proceso, además de la indemnización integral de los perjuicios ocasionados al Contratante (el Distrito de Cartagena), sumas que deberán ser indexadas o actualizadas, junto con los respectivos intereses de mora.

Frente a esta pretensión, la convocante también se ha opuesto argumentando que Halcrow cumplió todas y cada una de sus obligaciones como interventor y prueba de ello es que nunca recibió nota de inconformidad o reclamo; que no se puede declararse el daño antijurídico pues este es el que causa el Estado a un particular que no está en el deber jurídico de soportarlo; que la parte convocante no solicitó se declarara un daño causado; que cualquier daño sufrido por el Distrito ya fue resarcido en virtud del acuerdo de arreglo directo; y que además Halcrow no es parte en el contrato de obra.

Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito, pues la conducta de Halcrow fue a tal punto omisiva, que no sólo no impidió la causación del incidente del Emisario Submarino habiendo debido y podido hacerlo, sino que su omisión se constituyó en causa del daño inferido, además el señaló que el daño no ha sido resarcido al Distrito, y hasta el momento ninguno de los responsables ha asumido dichos costos.

Frente a esta pretensión el Tribunal ya se pronunció en el sentido de reconocer que Halcrow incumplió algunas obligaciones derivadas del contrato de interventoría y que, como consecuencia de ello, debe pagar a favor del Distrito de Cartagena la suma de \$15.961.748.881.00, suma que comprende el daño emergente y la indexación correspondiente. Igualmente, este Tribunal se refirió al alcance del acuerdo de arreglo directo celebrado entre el Distrito de Cartagena y Acucar.

En la quinta pretensión principal, la convocante pide que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial y/o de incumplimiento del Contrato de Interventoría, se condene a Halcrow a restituir la totalidad del dinero que le fue entregado en virtud del Contrato de Interventoría, esto es, la suma de setecientos sesenta y dos mil cuatrocientos ochenta y dos (US \$762.482) dólares de los Estados Unidos de América, más ciento setenta y ocho millones setecientos ochenta y dos mil setecientos doce (\$178'782.712) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses. En oposición a esta pretensión, la sociedad convocante ha dicho que Halcrow cumplió a cabalidad todas las obligaciones del contrato por lo que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad, ni condena, ni restitución de dinero. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito, pues la conducta de Halcrow fue a tal punto OMISIVA, que no sólo no impidió la causación del incidente del Emisario Submarino habiendo debido y podido hacerlo, sino que su omisión se constituyó en causa del daño inferido.

El Tribunal estima que ésta pretensión no tiene vocación de prosperidad, por cuanto los dineros que el Distrito de Cartagena pagó a Halcrow por concepto de remuneración de sus servicios de interventoría, no pueden catalogarse como perjuicios, pues dichos servicios se causaron y el Distrito se benefició de los mismos; además que los únicos perjuicios que se encuentran probados en este proceso son los derivados del hundimiento del emisario submarino.

En la sexta pretensión principal, la parte convocante pide que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial se condene a Halcrow y se le ordene la restitución de la totalidad de los daños causados y/o reembolso de los gastos en los que incurrió el Contratante en las labores de salvamento, suma que asciende a cuatro mil doscientos treinta y ocho millones doscientos ochenta y dos mil quinientos noventa y ocho (\$4.238'282.598) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado en el proceso, debidamente indexados o actualizados, junto con los respectivos intereses de mora. La sociedad convocada se opone a esta pretensión alegando que Halcrow cumplió a cabalidad todas las obligaciones del contrato por lo que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad, ni condena, ni restitución de dinero por salvamento. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito, pues la conducta de Halcrow fue a tal punto omisiva, que no sólo no impidió la causación del incidente del Emisario Submarino habiendo debido y podido hacerlo, sino que su omisión se constituyó en causa del daño inferido.

Al respecto el Tribunal considera que el valor de los costos por las labores de salvamento fueron incluidas en los perjuicios liquidados dentro de este Tribunal, razón por la cual se remite a los argumentos expresados en esa precisa materia en este laudo.

En la séptima pretensión principal, la parte convocante pide que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial, se condene a Halcrow a pagar al Contratante, sin ser limitativa al *petitum*, el mayor valor que la obra Emisario Submarino tiene en la actualidad, y se le ordene pagar dicho valor debidamente indexado o actualizado, junto con los respectivos intereses de mora o los que considere el Tribunal por este concepto. La parte convocada se opone a esta pretensión bajo el argumento de que Halcrow cumplió a cabalidad todas las obligaciones del contrato por lo que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad, ni condena, ni pago por mayor valor de la obra; además alega que la indexación y los intereses de mora son incompatibles. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito.

El Tribunal no accederá a reconocer estos perjuicios denominados mayor valor que la obra tiene en la actualidad, pues no se encuentran debidamente probados en el expediente, además que los perjuicios reconocidos en este laudo se encuentran debidamente indexados.

En la octava pretensión, la convocante pide que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad patrimonial, se condene a Halcrow a pagar a título de indemnización, intereses moratorios sobre los valores adeudados, desde el momento en que se debió entregar la obra y hasta el momento de esta sentencia.

Como oposición a esta pretensión, la convocada argumenta que Halcrow cumplió a cabalidad todas las obligaciones del contrato por lo que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad, ni condena, ni pago de intereses de mora. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito.

En apartes anteriores de este laudo, concretamente en el capítulo denominado “Pretensiones de actualización e intereses moratorios de la parte convocante” este Tribunal se refirió en detalle a este tema, concluyendo que no se accederá a reconocer dichos intereses moratorios, por cuanto las sumas de dinero objeto de la condena apenas se conocen y causan con la expedición de este laudo y no antes.

En la novena pretensión, la parte convocante pide que se declare la terminación del Contrato de Interventoría CONSUL-02-BM-2008. La sociedad convocada, al oponerse a esta pretensión, argumenta que el Contrato de Interventoría terminó por la expiración del plazo pactado, el cual era de 21 meses a partir del día hábil siguiente a la fecha de la legalización del Contrato que fue el 19 de marzo de 2009; es decir, que este contrato no está vigente desde el 20 de diciembre de 2010. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante.

El Tribunal considera que esta pretensión debe prosperar, por cuanto está agotado el plazo de ejecución contractual dispuesto entre las partes, lo que conlleva a concluir que ellas finalizaron su relación contractual y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive de este laudo.

En la décima pretensión, la convocante pide que se condene en costas y agencias en derecho a Halcrow, incluyendo el valor total del procedimiento arbitral, costas y agencias en derecho, y los costos en los que ha tenido que incurrir el Contratante desde el incidente del Emisario Submarino el 2 de diciembre de 2010 para su defensa jurídica. La sociedad convocada también se opone a esta pretensión, alegando que el incidente del emisario submarino no fue causado por Halcrow y, por tanto debe ser absuelta de todas y cada una de las pretensiones. Agrega que, como consecuencia de los anteriores argumentos, Halcrow no puede ser condenado al pago de las costas y agencias en derecho. Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito.

El Tribunal no accederá a condenar a Halcrow en costas procesales, por las razones que se expondrán en aparte especial de este laudo.

La parte convocante plantea como primera pretensión subsidiaria que entre el Distrito que ha sido representado por Acuacar en la ejecución de las obras del Plan Maestro de la ciudad de Cartagena, de acuerdo a los deberes del mandatario y a las instrucciones y refrendaciones efectuadas por el mandante, existe un contrato de interventoría integral, y que en virtud de ese negocio jurídico el Distrito

sufrió daños y perjuicios imputables a Halcrow en una cuantía superior a la suma de cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153'287.303) pesos moneda corriente, más las indexaciones e intereses moratorios de esta cifra, que una vez hecha estas declaraciones y condenas se proceda a decretar la terminación del contrato y su liquidación en el estado actual.

Como oposición a esta pretensión subsidiaria, la convocada argumenta que el tribunal no puede pronunciarse sobre pretensiones imprecisas y menos donde no se establece cuáles son las partes que celebraron el contrato de interventoría, que se aclara que el contrato de interventoría fue celebrado entre Acuacar como representante del Distrito y Halcrow y que Halcrow cumplió a cabalidad su contrato de interventoría por lo que no causo ningún daño, que el Distrito no sufrió daño porque celebró un acuerdo de arreglo directo, que el contrato se terminó por el vencimiento del plazo.

Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito, pues la conducta de Halcrow fue a tal punto OMISIVA, que no sólo no impidió la causación del incidente del Emisario Submarino habiendo debido y podido hacerlo, sino que su omisión se constituyó en causa del daño inferido.

El Tribunal considera que no es procedente pronunciarse sobre esta pretensión subsidiaria, por cuanto ya ha reconocido parcialmente algunas pretensiones principales.

La parte convocante invoca como segunda pretensión subsidiaria que se declare a Halcrow responsable desde la perspectiva de lesión patrimonial al Contratante o bajo título y régimen que se desprenda del desarrollo del arbitramento o que considere probado el Tribunal, por los daños y perjuicios sufridos por el Contratante con ocasión de la pérdida de la inversión y no entrega a tiempo de la obra contratada Emisario Submarino e interventoría integral a cargo de la demandada, cuyo valor asciende a una cifra superior a la suma de cuarenta y tres mil ciento cincuenta y tres millones doscientos ochenta y siete mil trescientos tres (\$43.153'287.303) pesos moneda corriente, o lo que resulte probado dentro del proceso, indexado y con intereses de mora.

La sociedad convocada se opone a esta pretensión, alegando que la pretensión no es subsidiaria pues se solicita lo mismo que las pretensiones principales, que el Distrito no sufrió daño porque celebró un acuerdo de arreglo directo, que la solicitud de condena por lesión patrimonial es propio de la responsabilidad fiscal y que solo los conoce la contraloría, y el incumplimiento en la entrega de la obra del emisario submarino no es un contrato que haga parte del de interventoría y no hace parte de la cláusula compromisoria.

Al respecto la Procuraduría solicitó se accediera a la pretensión solicitada por el convocante, declarando la responsabilidad contractual de Halcrow y en consecuencia condenarlo a indemnizar

todos los daños que por su incumplimiento contractual causó al Distrito, pues la conducta de Halcrow fue a tal punto OMISIVA, que no sólo no impidió la causación del incidente del Emisario Submarino habiendo debido y podido hacerlo, sino que su omisión se constituyó en causa del daño inferido, además el señaló que el daño no ha sido resarcido al Distrito, y hasta el momento ninguno de los responsables ha asumido dichos costos.

El Tribunal considera que no es procedente pronunciarse sobre esta pretensión subsidiaria, por cuanto ya ha reconocido parcialmente algunas pretensiones principales.

XVI. Las costas y agencias en derecho

477. Con miras a resolver sobre las costas y agencias en derecho, el Tribunal considera pertinente destacar que este proceso arbitral se inició antes de la entrada en vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y de la Ley 1563 de 2012, por lo cual, teniendo en cuenta la presencia de entidades estatales dentro de los sujetos procesales, el régimen aplicable a las costas y agencias en derecho será el contenido en el Código Contencioso Administrativo y la Ley 80 de 1993.
478. En este sentido, de conformidad con lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993⁴⁴¹, en concordancia con el artículo 171 del CCA, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998⁴⁴², tal como han sido interpretados y aplicados por el Consejo de Estado⁴⁴³, la posibilidad de imponer una condena en costas depende de la prueba de una actuación temeraria o abusiva de las partes.

⁴⁴¹ El artículo 75 de la Ley 80 de 1993, disciplina: ***“Artículo 75. Del juez competente. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, el juez competente para conocer de las controversias derivadas de los contratos estatales y de los procesos de ejecución o cumplimiento será el de la jurisdicción contencioso administrativa. Parágrafo. 1º. Una vez practicadas las pruebas dentro del proceso, el juez citará a demandantes y demandados para que concurran personalmente o por medio de apoderado a audiencia de conciliación. Dicha audiencia se sujetará a las reglas previstas en el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil y se procurará que se adelante por intermedio de personas diferentes de aquellas que intervinieron en la producción de los actos o en las situaciones que provocaron las discrepancias. Parágrafo 2º. En caso de condena en procesos originados en controversia contractuales, el juez, si encuentra la existencia de temeridad en la posición no conciliatoria de alguna de las partes, condenará a la misma o a los servidores públicos que intervinieron en las correspondientes conversaciones, a cancelar multas a favor del Tesoro Nacional de cinco (5) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales. Parágrafo 3º. En los procesos derivados de controversias de naturaleza contractual se condenará en costas a cualquiera de las partes, siempre que se encuentre que se presentó la conducta del párrafo anterior.”*** -Resalta el Tribunal-

⁴⁴² El Artículo 171 Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, preceptúa: ***“Artículo 171. Condena en costas. En todos los procesos, con excepción de las acciones públicas, el juez, teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, podrá condenar en costas a la vencida en el proceso, incidente o recurso, en los términos del Código de Procedimiento Civil.”***

⁴⁴³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 1999, expediente 10.775: ***“En la nueva regulación de las costas en el proceso administrativo no basta entonces que la parte sea vencida, toda vez que se requiere una***

479. Sobre la base de lo anterior, para resolver, el Tribunal observa que la actuación de las partes en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada quien en defensa de su posición, sin que jurídicamente se les pueda reprochar en el manejo de la problemática. Es así como ninguna de las partes actuó con mala fe en la acción o en la defensa, sus planteamientos fueron serios y sustentados, guardaron la altura debida en esta clase de litigios y mantuvieron respecto del juez y de las partes la lealtad debida. Por lo anterior, el Tribunal se abstendrá de imponer condena en costas
480. Pero, además, destaca el Tribunal que el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 42 de la Ley 794 de 2003, el cual dispone en su numeral 6 lo siguiente: *“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”*. Es decir, que cuando prospera la demanda, apenas de manera parcial, el juez puede abstenerse de imponer condena en costa.
481. Al respecto, el Tribunal considera que si bien es cierto que se impondrá una condena a la parte Convocada, también lo es que es por un valor sustancialmente inferior del pedido por la parte Convocante, lo cual permite al Tribunal entender que no existe una parte absolutamente vencedora ni una parte absolutamente vencida, de tal manera que ello constituye motivo suficiente para que el Tribunal se abstenga de imponer condena en costas. Pero, además, la conducta leal y proba de las partes durante el trámite arbitral también es motivación para que el Tribunal se abstenga de condenar en costas.
482. Finalmente, en cuanto a las agencias en derecho, no obstante las mismas consisten en *“los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso”*⁴⁴⁴, el Tribunal se abstendrá de imponerlas por las mismas razones expuestas en relación con las costas, con base en lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 75 de la Ley 80 de 1993, el artículo 171 del CCA (modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998) y la citada jurisprudencia del Consejo de Estado.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre **EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C. Y HALCROW GROUP LIMITED**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y de conformidad con la habilitación conferida por las partes, por unanimidad

RESUELVE:

valoración de la conducta observada por ella en el proceso (...) Es claro que el legislador no ha querido en este caso aplicar un criterio absoluto para determinar a cargo de quién están las costas del proceso y por lo tanto, no es la ausencia de razón en la pretensión u oposición lo que hace sujeto de la sanción a la parte sino su conducta abusiva que implique un desgaste innecesario para la administración y para la parte vencedora”

⁴⁴⁴ Artículo 2º, Acuerdo 1887 de 2003 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

PRIMERO: Deniérgase las objeciones por error grave formuladas por las partes del proceso a los dictámenes rendidos por los peritos **INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. Y DANIEL FLÓREZ PÉREZ**, en los estrictos términos y por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, ordénese el pago de los honorarios fijados a favor de los peritos **INTEGRA AUDITORES CONSULTORES S.A. Y DANIEL FLÓREZ PÉREZ**, mediante el auto No. 29 de fecha catorce de marzo de 2013.

TERCERO: Declárese a **HALCROW GROUP LIMITED** civilmente responsable por el incumplimiento del contrato de interventoría CONSUL-02-BM-2008 suscrito el 5 de noviembre de 2008 con el Distrito de Cartagena D. T y C., por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

CUARTO: Como consecuencia de la anterior declaración, condenase a **HALCROW GROUP LIMITED** a pagar a favor del **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.**, la suma de quince mil novecientos sesenta y un millones setecientos cuarenta y ocho mil ochocientos ochenta y un pesos (\$15.961'748.881.00), por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, más los intereses moratorios que se causen desde la ejecutoria del laudo hasta cuando se produzca el pago en su totalidad, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

QUINTO: No se accede a condenar a **HALCROW GROUP LIMITED** a pagar al **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.** los perjuicios ocasionados con ocasión de la pérdida de la obra pagada del Emisario Submarino y nunca entregada, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEXTO: No se accede a condenar a **HALCROW GROUP LIMITED** a restituir al **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.** la totalidad del dinero que le fue entregado como remuneración en virtud del Contrato de Interventoría, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

SEPTIMO: No se accede a condenar a **HALCROW GROUP LIMITED** a pagar al **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.** el mayor valor que la obra Emisario Submarino tiene en la actualidad, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

OCTAVO: No se accede a condenar a **HALCROW GROUP LIMITED** a pagar al **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C.**, a título de indemnización, los intereses moratorios sobre los valores adeudados, desde el momento en que se debió entregar la obra y hasta el momento de esta sentencia, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

NOVENO: Declárese la terminación del contrato de interventoría CONSUL-02-BM-2008 celebrado entre el **DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS D. T. y C. Y HALCROW GROUP LIMITED**, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO: Declárense no probadas las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada, denominadas “Indebida convocatoria e instalación del Tribunal de Arbitramento”, “Falta de legitimación en la causa material por activa del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias”,

“Cobro de lo no debido”, “Indebida acumulación de pretensiones”, “Ausencia de los presupuestos de la indemnización”, “Enriquecimiento sin justa causa del Distrito de Cartagena”, “Excepción de contrato cumplido”, “Responsabilidad exclusiva de Acuacar como jefe de obra y de EDT Marine Construction Cartagena Outfall como constructor del emisario submarino” y “Falta de legitimación en la causa material por pasiva”, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo arbitral.

DÉCIMO PRIMERO: No se accede a condenar en costas ni agencias en derecho a ninguna de las partes, por las razones expuestas en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO SEGUNDO: Sin sanción para ninguna de las partes derivada del juramento estimatorio por los estrictos términos expuestos en la parte motiva de este laudo.

DÉCIMO TERCERO: En firme este laudo, protocolícese por el Presidente del Tribunal en una Notaría de esta ciudad, con cargo al rubro de protocolizaciones, para lo cual se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare, si la suma decretada y recibida para éste fin resultare insuficiente y en caso de que resultare mayor se devolverá lo pertinente.

DÉCIMO CUARTO: Expedir copias auténticas del presente laudo a cada una de las partes y al señor Agente del Ministerio Público, con las respectivas constancias de ley.

DÉCIMO QUINTO: Una vez en firme, ordénese el pago del 50 por ciento restantes de los honorarios a los honorables árbitros y la señora secretaria, de conformidad con lo establecido por la ley.

Este laudo queda notificado en estrados.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JOSE VICENTE GUZMAN ESCOBAR

Arbitro Presidente

JUAN CARLOS EXPOSITO VÉLEZ

Arbitro

ALFONSO HERNANDEZ TOUS

Arbitro

LILIANA BUSTILLO ARRIETA

Secretaria del Tribunal