

Tribunal de Arbitramento

Grupo Portuario S.A.

v.

Equipos Portuarios S.A.

Diciembre 9 de 2004

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., nueve (9) de diciembre de dos mil cuatro (2004).

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el tribunal de arbitramento a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por Grupo Portuario S.A. en contra de Equipos Portuarios S.A., previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

## I. Antecedentes

### 1. Trámite del proceso.

**1.1. La convocatoria de tribunal arbitral:** El 16 de enero de 2004 la Sociedad Grupo Portuario S.A. solicitó la convocatoria de un tribunal de arbitramento al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y demandó a la Sociedad Equipos Portuarios S.A. La solicitud de convocatoria tuvo como sustento la cláusula compromisoria del denominado por las partes “contrato de almacenamiento” suscrito por ellas el 26 de marzo de 2003 (fls. 1 a 10 cdno. pbas 1.), dicha cláusula consta a folios 9 y 10, y a la letra dice:

“Vigésima séptima. Arbitraje. Toda y cualquier disputa, reclamo, discrepancia o diferencia (en lo sucesivo controversia) que surja entre las partes con motivo del presente contrato, inclusive los relativos a su validez, interpretación, cumplimiento, terminación o determinación de indemnizaciones, será resuelto en forma definitiva mediante arbitraje, que se regirá por las reglas conforme a las reglas (sic) previstas a continuación y, de manera supletoria, en su orden, por: i) las reglas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá; ii) las disposiciones legales colombianas aplicables; iii) en defecto de lo anterior, por las reglas de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (ICC).

- a) La sede del arbitraje será Bogotá, Colombia.
- b) El arbitraje se llevará a cabo por un tribunal integrado por tres (3) árbitros independientes, abogados, que serán nombrados por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- c) El idioma del procedimiento de arbitraje será el español.
- d) Las partes asumirán por mitades los gastos y honorarios del arbitraje, sin perjuicio de que una de las partes sea condenada a pagar las costas del proceso.
- e) El arbitraje será en derecho y las partes deberán concurrir a él por medio de abogado inscrito en Colombia.
- f) El término para la duración del arbitraje será de seis (6) meses, contados desde la primera audiencia de trámite, prorrogables hasta por seis (6) meses más.
- g) El laudo arbitral será inapelable y contra él solo procederá (sic) los recursos de nulidad y de revisión previstos en la ley colombiana.
- h) Subsecuentemente, la parte que resulte favorecida en el laudo estará facultada para solicitar a cualquier juez, tribunal o Corte competente que tenga jurisdicción, para ejecutar la decisión tomada en el arbitraje”.

**1.2. Árbitros:** Para dar cumplimiento a lo pactado en la cláusula compromisoria sobre la integración del tribunal,

el centro de arbitraje, en sorteo público realizado el 3 de febrero de 2004, designó a los doctores Enrique Díaz Ramírez, Fernando Scarpetta Carrera y Jorge Guzmán Moreno como árbitros para integrar este tribunal. Los designados fueron informados de su nombramiento por el director del centro y aceptaron oportunamente.

**1.3. Instalación:** Previas las citaciones correspondientes por parte del centro de arbitraje, el tribunal de arbitramento se instaló en audiencia de 25 de febrero de 2004 en sesión realizada en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y fijó como su sede el mismo centro en El Salitre (acta 1, fls. 61 y 62 cdno. ppal.). En la audiencia fue designado como presidente el doctor Enrique Díaz Ramírez y como secretaria la doctora Florencia Lozano Reveiz, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el presidente del tribunal.

**1.4. Admisión y trámite de la demanda:** En la misma audiencia de instalación el tribunal consideró necesario asumir competencia para efectos de adelantar el trámite inicial o prearbitral del proceso conforme con lo dispuesto por la honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1038 de 28 de noviembre de 2002. En virtud de lo anterior, por auto de la misma fecha admitió la demanda y ordenó correr traslado de ella en la forma legal. Dicha providencia se notificó personalmente al apoderado de Equipos Portuarios S.A. al final de la misma audiencia y con escrito presentado el 10 de marzo de 2004, dentro del término de traslado, este contestó la demanda, propuso la excepción genérica y solicitó pruebas (fls. 65 a 105), y en escrito aparte presentó demanda de reconvención (fls. 106 a 118).

Por auto de 31 de marzo siguiente el tribunal corrió traslado de las excepciones propuestas y admitió la demanda de reconvención (acta 2, fls. 123 a 125). Con memorial de 12 de abril el apoderado de Grupo Portuario S.A. descorrió el traslado de la excepción propuesta y solicitó pruebas adicionales (fls. 126 a 130), y con escrito de 21 de abril siguiente contestó la demanda de reconvención, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas (fls. 133 a 158).

En audiencia de 28 de abril el tribunal señaló, con sujeción a las tarifas del centro de arbitraje, las sumas de honorarios de sus miembros, así como las partidas de gastos de funcionamiento (acta 3, fls. 160 a 163); por petición conjunta de los apoderados de las partes esta audiencia se suspendió por 2 días.

**1.5. Reforma de la demanda:** El 30 de abril Grupo Portuario S.A. presentó reforma integrada de la demanda (fls. 164 a 194), de la cual se corrió traslado a la parte convocada en audiencia de 3 de mayo siguiente, en la cual, además, en consideración a las nuevas cuestiones propuestas en dicha reforma y su cuantía, por autorización del artículo 148 del Decreto 1818 de 1998, se adicionaron las sumas fijadas para gastos del tribunal y honorarios de sus miembros, frente a lo cual las partes no hicieron manifestación alguna (acta 4, fls. 195 a 197). Dentro de la oportunidad legal las partes pagaron las sumas fijadas, en la proporción debida.

Con memorial de 10 de mayo Equipos Portuarios S.A. contestó la reforma de la demanda, solo en aquello que frente a la demanda inicial era nuevo y en lo demás pidió tener en cuenta la respuesta inicial, y solicitó pruebas (fls. 202 a 206). De esa contestación se corrió traslado y el 14 de mayo Grupo Portuario S.A. solicitó pruebas adicionales (fls. 207 y 208).

**1.6. Audiencia de conciliación:** Previas citaciones a los representantes legales de las partes, el 31 de mayo de 2004 se realizó una audiencia de conciliación que el tribunal declaró fallida, en consideración a las posiciones radicalmente opuestas de las partes y se ordenó continuar con el proceso (acta 5, fls. 216 a 218 cdno. ppal.).

**1.7. Primera audiencia de trámite:** El 8 de junio de 2004 se inició la primera audiencia de trámite y en ella, conforme con lo ordenado por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998, se leyó el documento contentivo de la cláusula compromisoria, las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvención y la cuantía de las mismas. En dicha oportunidad el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas a su consideración, fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses, resolvió sobre las pruebas solicitadas y suspendió la audiencia. (acta 6 fls. 219 a 231 cdno. ppal.). El 22 de junio siguiente el tribunal designó a los peritos y declaró finalizada la primera audiencia de trámite (acta 8 fls. 272 a 278 cdno. ppal.).

Durante el trámite el tribunal sesionó en 16 audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. En la audiencia

de 29 de septiembre de 2004 oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión (acta 15, fls. 529 a 531 cdno. ppal.).

**1.8. La tutela contra una decisión del tribunal:** El 27 de septiembre de 2004 la Sala Civil del tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá notificó a este tribunal de arbitramento el auto admisorio de la acción de tutela interpuesta por el apoderado del Grupo Portuario S.A. en contra de la decisión del tribunal de 20 de septiembre del mismo año, contenida en el acta 14, mediante la cual “El tribunal de arbitramento negó la incorporación al proceso arbitral de la prueba documental contentiva del concepto distinguido con el número 53012-0226 de fecha septiembre 13 de 2004 proferido por la oficina jurídica de la división normativa y doctrina aduanera de la administración de impuestos nacionales DIAN sobre el tema relativo a depósitos públicos habilitados-cesión”.

Dentro de la oportunidad legal este tribunal de arbitramento contestó la demanda de tutela y expuso las consideraciones de orden fáctico y legal que respaldaron su decisión de negarse a incorporar al expediente una prueba documental cuando el término legal para ello ya había precluido y pidió desestimar la petición de la parte convocada, pues en criterio de este tribunal arbitral durante el trámite se habían garantizado los derechos fundamentales de defensa y al debido proceso y su actuación se ha ceñido estrictamente a los mandatos de la ley (fls. 425 a 429 del cdno. ppal.).

En providencia de 7 de octubre de 2004 el Tribunal Superior de Bogotá, con ponencia del honorable magistrado Luis Roberto Suárez González, resolvió “Conceder la protección solicitada por Grupo Portuario S.A. contra el tribunal de arbitramento”, declaró “la nulidad de la decisión que negó la incorporación como prueba del concepto número 53012-0226 de fecha 13 de septiembre de 2004 proferido por la oficina jurídica de la división normativa y doctrina aduanera de la Administración de Impuestos Nacionales DIAN” y ordenó al tribunal de arbitramento “imprimirle” el trámite correspondiente a dicha prueba (fls. 541 552 del cdno. ppal.).

Para darle cumplimiento a la decisión del juez de tutela el tribunal de arbitramento ordenó agregar al expediente el referido concepto de la DIAN y corrió traslado del mismo a la parte convocada, y con el mismo criterio del tribunal superior con el que se concedió la tutela ordenó de oficio agregar, además, algunos documentos presentados por el apoderado de la parte convocada cuya incorporación al expediente se había negado por improcedente (acta 16, fls. 562 a 567 cdno. ppal.).

**1.9. Término del proceso:** Conforme lo dispuso el tribunal, el término de duración de este proceso es de 6 meses contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite y esta concluyó el 22 de junio de 2004; además el proceso se suspendió por petición de los apoderados de las partes entre el 30 de septiembre y el 2 de noviembre de 2004, ambas fechas incluidas, es decir, durante 34 días, razón por la cual el tribunal se halla dentro de la oportunidad legal para proferir el laudo.

## **2. Presupuestos procesales.**

El tribunal encuentra cumplidos los requisitos legales indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar laudo de mérito, el cual se profiere en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el tribunal se estableció:

**2.1. Competencia:** Conforme se declaró desde la primera audiencia de trámite, el tribunal es competente para conocer y decidir las pretensiones de la demanda y de la demanda de reconvenCIÓN con fundamento en la cláusula compromisoria, la vigésima séptima del “contrato de almacenamiento” suscrito por las partes el 26 de marzo de 2003, la cual se trascribió al comienzo de este laudo.

**2.2. Partes procesales:** parte convocante y demandada en reconvenCIÓN: Es Grupo Portuario S.A., sociedad anónima colombiana que de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido el 14 de enero de 2004 por la Cámara de Comercio de Bogotá, agregado al expediente a folios 30 a 32 del cuaderno principal, fue constituida mediante escritura pública 545 de 15 de febrero de 1996 de la Notaría 42 de Bogotá con el nombre de “Consorcio Interamerican Coal Colombia Inatlantic S.A.” y ha sido reformada en varias oportunidades, entre ellas por escritura pública 3035 de 27 de junio de 1996 de la misma notaría en que cambió su razón social por la actual.

Tiene su domicilio en Bogotá y sus representantes legales son el gerente y dos suplentes denominados subgerentes; a la fecha de la certificación el cargo de gerente lo ocupa Álvaro Domingo Rodríguez Acosta, quien otorgó poder para incoar esta acción.

Parte convocada y demandante en reconvención: es Equipos Portuarios S.A., sociedad anónima colombiana que de acuerdo con el certificado de existencia y representación legal expedido el 10 de diciembre de 2003 por la Cámara de Comercio de Buenaventura (Valle), agregado al expediente a folios 33 a 35 del cuaderno principal, fue constituida por escritura pública 304 de 16 de febrero de 1999 de la Notaría 41 de Bogotá con el nombre de “Equipos Portuarios Limitada” y ha sido reformada en varias oportunidades; por escritura pública 1443 del 25 de junio de 1999 de la misma notaría se transformó en sociedad anónima. Tiene su domicilio en Buenaventura y sus representantes legales son el gerente y su suplente; a la fecha de la certificación el cargo de gerente lo ocupa Martha Cecilia Chávez Guerrero, quien otorgó poder para intervenir en este proceso.

**2.3. Capacidad:** la sociedad convocante y reconvenida así como la convocada y demandante en reconvención tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre las partes, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este tribunal, son susceptibles de definirse por transacción.

**2.4. Apoderados:** conforme se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes han comparecido al proceso arbitral representadas por abogados; Grupo por el doctor Juan Carlos Velandia Arango y Equipos por el doctor José Alberto Gaitán Martínez. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el tribunal.

### **3. Pretensiones.**

3.1. En la reforma de la demanda a folios 164 a 170 del cuaderno principal Grupo Portuario S.A. formuló las siguientes:

#### **“Pretensiones**

Solicito al honorable tribunal que mediante laudo que le ponga fin al proceso, se declaren las siguientes o similares pretensiones:

##### **a) Pretensiones principales.**

1. Que se declare nulo de nulidad absoluta el contrato de almacenamiento suscrito mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2003 entre Grupo y Equipos al contravenir y contrariar normas imperativas concernientes a los depósitos públicos y privados habilitados para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, en los términos a que se refiere el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 proferida esta última por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a Equipos restituir y entregar en forma material a Grupo, en el mismo estado en que fue entregada y totalmente desocupada a favor de Equipos, la bodega número tres (3) denominada “Millenium”, ubicada en la zona homologada como depósito público habilitado para Grupo, en la ciudad de Buenaventura, cuya área es de dos mil setecientos veinte metros cuadrados ( $2.720 \text{ m}^2$  ).

En caso de no efectuarse la entrega en forma material y voluntaria por parte de Equipos en el término señalado en el laudo por el honorable tribunal, sírvase, ordenar librarse despacho comisorio al juez civil del circuito de Buenaventura (reparto) para la práctica de la diligencia de entrega en los términos a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil.

3. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su nulidad y por ende se ordene su entrega, por ser este un contrato de ejecución periódica o de trato sucesivo.

En subsidio de la pretensión principal número tres (3):

3.1. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título

de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su nulidad y por ende se ordene su entrega, por contener y adolecer de objeto y causa ilícita el susodicho contrato.

4. Se condene a Equipos al pago de los perjuicios causados a Grupo por la actuación de mala fe con que obró Equipos durante el período precontractual, contractual y poscontractual y que dio lugar a la suscripción del contrato de almacenamiento de fecha 26 de marzo de 2003, a sabiendas o no de la existencia de la causa y objeto ilícito de que adolece el contrato así:

#### **4.1. Daño emergente.**

4.1.2. Por la suma de veinte millones de pesos mensuales (\$20'000.000.oo) o en dólares de los Estados Unidos de América la que resulte probada en mayor o menor proporción según dictamen pericial como gastos fijos de sostenimiento de la Bodega Millenium y que Grupo paga por mensualidades por concepto de vigilancia, arriendo total de lote A1, seguros, mantenimiento y servicios públicos.

#### **4.2. Lucro cesante.**

4.2.1. Por la suma de noventa y siete millones cuatrocientos cuarenta pesos (\$ 97'440.000) o en dólares de los Estados Unidos de América mensual o la que resulte probada en mayor o menor cuantía a través de dictamen pericial y que Grupo ha dejado de percibir normalmente dentro del giro ordinario de sus negocios como ingresos y utilidades si tuviere en su poder la Bodega Millenium, para destinarla y utilizarla como depósito público habilitado desde que se hizo entrega material del inmueble a Equipos hasta la fecha en que ocurra la restitución del bien.

4.2.2. Se ordene compensar, deducir o descontar del valor que Grupo pruebe por concepto de perjuicios, deterioros, frutos y expensas y que resulte condenado Equipos, los cánones de arrendamiento que la convocante ha recibido desde el 26 de marzo de 2003 hasta la fecha del laudo que le ponga fin al proceso arbitral.

5. Se condene a Equipos al pago de las costas y los gastos del proceso, incluida en ellas, las agencias en derecho.

#### **b) Primeras pretensiones subsidiarias de las principales.**

1. Que se rescinda o declare nulo el contrato de almacenamiento suscrito entre Grupo y Equipos, mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2003, concluido por la representante legal que otra vez fue de Grupo y que ahora es representante legal de Equipos la señora Martha Chaves, al obrar dicha persona en representación de la convocada, con mala fe durante el período precontractual, en su celebración y en la etapa poscontractual.

2. Que se declare que la mala fe en que incurrió Equipos a través de su actual representante legal Martha Chaves, se contrae a que obró con manifiesta contraposición a los intereses jurídicos y económicos de Grupo, cuando a sabiendas, Equipos por intermedio de ella misma como representante legal, conoció de la inconveniencia económica del contrato y de las restricciones y limitaciones legales aduaneras para su celebración, de conformidad con lo previsto en el artículo 838 del Código de Comercio.

3. Como consecuencia de lo anterior se declare terminado el contrato de almacenamiento suscrito entre Grupo y Equipos suscrito mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2003.

4. Se ordene a Equipos restituir y entregar en forma material a Grupo, en el mismo estado en que fue entregada y totalmente desocupada a favor de Equipos, la bodega número tres (3) denominada “Millenium”, ubicada en la zona homologada como depósito público habilitado para Grupo, en la ciudad de Buenaventura, cuya área es de dos mil setecientos veinte metros cuadrados (2.720 m<sup>2</sup>).

En caso de no efectuarse la entrega en forma material y voluntaria por parte de Equipos en el término señalado en el laudo por el honorable tribunal, sírvase, ordenar librar despacho comisorio al juez civil del circuito de Buenaventura (reparto) para la práctica de la diligencia de entrega en los términos a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil.

5. Que se declare que equipos como tenedor de mala fe de la bodega es responsable por los deterioros y frutos civiles que hubiere podido Grupo percibir con mediana inteligencia y actividad distintos de los cánones de

arrendamiento que Grupo viene percibiendo, si hubiere tenido la bodega en su poder desde el momento en que Equipos la recibió, esto es el día 26 de marzo de 2003 hasta el momento en que se ordene su restitución.

6. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su nulidad y por ende se ordene su entrega, por ser este un contrato de ejecución periódica o de trácto sucesivo.

7. Se condene a Equipos al pago de los perjuicios causados a Grupo por la actuación de mala fe con que obró la otra representante legal de Grupo y ahora actual representante legal de Equipos la señora Martha Chaves durante el período precontractual, contractual y poscontractual y que dio lugar a la suscripción del contrato de almacenamiento de fecha 26 de marzo de 2003, así:

### **7.1. Daño emergente.**

7.1.1. Por la suma de ciento cuarenta y seis mil ochocientos ochenta dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 146.880) que corresponde al valor de la cláusula penal liquidada a la tasa de cambio representativa del mercado (TCRM) a la fecha del pago, estipulada como indemnización anticipada de perjuicios en la cláusula vigésima quinta del contrato de almacenamiento y sin perjuicio de probar otros daños directos e indirectos causados a Grupo por la actuación de mala fe de Equipos.

7.1.2. Por la suma de veinte millones de pesos mensuales (\$ 20'000.000) o en dólares de los Estados Unidos de América la que resulte probada en mayor o menor proporción según dictamen pericial como gastos fijos de sostenimiento de la Bodega Millenium y que Grupo paga por mensualidades por concepto de vigilancia, arriendo total de lote A1, seguros, mantenimiento y servicios públicos.

### **7.2. Lucro cesante.**

7.2.1. Por la suma de noventa y siete millones cuatrocientos cuarenta pesos (\$ 97'440.000) o en dólares de los Estados Unidos de América mensual o la que resulte probada en mayor o menor cuantía a través de dictamen pericial y que Grupo ha dejado de percibir normalmente dentro del giro ordinario de sus negocios como ingresos y utilidades si tuviere en su poder la Bodega Millenium, para destinarla y utilizarla como depósito público habilitado desde que se hizo entrega material del inmueble a Equipos hasta la fecha en que ocurra la restitución del bien.

7.2.2. Se ordene compensar, deducir o descontar del valor que Grupo pruebe por concepto de perjuicios, deterioros, frutos y expensas y que resulte condenado Equipos, los cánones de arrendamiento que la convocante ha recibido desde el 26 de marzo de 2003 hasta la fecha del laudo que le ponga fin la proceso arbitral.

8. Se condene a Equipos al pago de las costas y los gastos del proceso, incluida en ellas, las agencias en derecho.

### **c) Segundas pretensiones subsidiarias de las principales en caso de no prosperar aquellas ni las primeras subsidiarias acumuladas en subsidio de las principales.**

1. Que se declare la simulación en la causa del contrato de almacenamiento suscrito mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2003 entre Grupo y Equipos, por cuanto el verdadero negocio jurídico que allí se hizo recoger, fue un contrato de cesión de derechos de almacenamiento de mercancías bajo control aduanero en el depósito público habilitado y no un contrato de almacenamiento sobre la Bodega número 13 “Millenium” como en forma aparente y ostensible aparece en el documento referido.

2. Como consecuencia de lo anterior, se declare que prevalece el contrato de cesión de derechos de almacenamiento de mercancías bajo control aduanero en el depósito público habilitado sobre el contrato de almacenamiento en la bodega número tres (3) denominada “Millenium”.

3. Corolario de lo anterior, es decir, una vez sea declarada la acción de prevalencia del acto jurídico señalado, se declare la nulidad absoluta del contrato, por cuanto adolece de objeto y causa ilícita, al contravenir normas de orden público de carácter imperativo.

4. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a Equipos restituir y entregar en forma material a

Grupo, en el mismo estado en que fue entregada y totalmente desocupada a favor de Equipos, la bodega número tres (3) de su propiedad denominada “Millenium”, ubicada en la ciudad de Buenaventura, cuya área es de dos mil setecientos veinte metros cuadrados ( $2.720 \text{ m}^2$  ).

En caso de no efectuarse la entrega en forma material y voluntaria por parte de Equipos en el término señalado en el laudo por el honorable tribunal, sírvase, ordenar librar despacho comisorio al juez civil del circuito de Buenaventura (reparto) para la práctica de la diligencia de entrega en los términos a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil.

5. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su nulidad y por ende se ordene su entrega, por ser este un contrato de ejecución periódica o de trato sucesivo.

6. Se condene a Equipos al pago de los perjuicios causados a Grupo por la actuación de mala fe con que obró la otra representante legal de Grupo y ahora actual representante legal de Equipos la señora Martha Chaves durante el período precontractual, contractual y poscontractual y que dio lugar a la suscripción del contrato de almacenamiento de fecha 26 de marzo de 2003, así:

#### **6.1. Daño emergente.**

6.1.1. Por la suma de ciento cuarenta y seis mil ochocientos ochenta dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 146.880) que corresponde al valor de la cláusula penal liquidada a la tasa de cambio representativa del mercado (TCRM) a la fecha del pago, estipulada como indemnización anticipada de perjuicios en la cláusula vigésima quinta del contrato de almacenamiento y sin perjuicio de probar otros daños directos e indirectos causados a Grupo por la actuación de mala fe de Equipos.

6.1.2. Por la suma de veinte millones de pesos mensuales (\$ 20'000.000) o en dólares de los Estados Unidos de América la que resulte probada en mayor o menor proporción según dictamen pericial como gastos fijos de sostenimiento de la Bodega Millenium y que Grupo paga por mensualidades por concepto de vigilancia, arriendo total de lote A1, seguros, mantenimiento y servicios públicos.

#### **6.2 Lucro cesante.**

6.2.1. Por la suma de noventa y siete millones cuatrocientos cuarenta pesos (\$ 97'440.000) o en dólares de los Estados Unidos de América mensual o la que resulte probada en mayor o menor cuantía a través de dictamen pericial y que Grupo ha dejado de percibir normalmente dentro del giro ordinario de sus negocios como ingresos y utilidades si tuviere en su poder la bodega Millenium, para destinarla y utilizarla como depósito público habilitado desde que se hizo entrega material del inmueble a Equipos hasta la fecha en que ocurra la restitución del bien.

6.2.2. Se ordene compensar, deducir o descontar del valor que Grupo pruebe por concepto de perjuicios, deterioros, frutos y expensas y que resulte condenado Equipos, los cánones de arrendamiento que la convocante ha recibido desde el 26 de marzo de 2003 hasta la fecha del laudo que le ponga fin la proceso arbitral.

#### **d) Terceras pretensiones subsidiarias de las principales en caso de no prosperar aquellas ni las primeras y segundas subsidiarias acumuladas en subsidio de las principales.**

1. Que se declare la inexistencia del contrato de almacenamiento suscrito mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2003 entre Grupo y Equipos al contravenir y contrariar disposiciones estatutarias estipuladas en el contrato social de Grupo, por carecer de la respectiva autorización y aprobación de la asamblea general de accionistas y que se traduce en la falta de consentimiento de la empresa como requisito de **existencia** del contrato.

2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a Equipos restituir y entregar en forma material a Grupo, en el mismo estado en que fue entregada y totalmente desocupada a favor de Equipos, la bodega número tres (3) denominada “Millenium”, ubicada en la zona homologada como depósito público habilitado para Grupo, en la ciudad de Buenaventura, cuya área es de dos mil setecientos veinte metros cuadrados ( $2.720 \text{ m}^2$  ).

En caso de no efectuarse la entrega en forma material y voluntaria por parte de Equipos en el término señalado en el laudo por el honorable tribunal, sírvase, ordenar librar despacho comisorio al juez civil del circuito de Buenaventura (reparto) para la práctica de la diligencia de entrega en los términos a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil.

3. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su inexistencia y por ende se ordene su entrega, por ser este un contrato de ejecución periódica o de trato sucesivo.
4. Se condene a Equipos al pago de las costas y los gastos del proceso, incluida en ellas, las agencias en derecho.

**e) Cuartas pretensiones subsidiarias de las principales en caso de no prosperar aquellas ni las primeras, segundas y terceras subsidiarias acumuladas en subsidio de las principales.**

1. Que se declare nulo de nulidad relativa el contrato de almacenamiento suscrito mediante documento privado de fecha 26 de marzo de 2003 entre Grupo y Equipos al contravenir y contrariar disposiciones estatutarias estipuladas en el contrato social de Grupo, por carecer de la respectiva autorización de la asamblea general de accionistas y que se traduce en la falta de capacidad del gerente de la empresa como requisito de **validez** del contrato.
2. Como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a Equipos restituir y entregar en forma material a Grupo, en el mismo estado en que fue entregada y totalmente desocupada a favor de Equipos, la bodega número tres (3) denominada “Millenium”, ubicada en la ciudad de Buenaventura, cuya área es de dos mil setecientos veinte metros cuadrados ( $2.720\text{ m}^2$  ).

En caso de no efectuarse la entrega en forma material y voluntaria por parte de Equipos en el término señalado en el laudo por el honorable tribunal, sírvase, ordenar librar despacho comisorio al juez civil del circuito de Buenaventura (reparto) para la práctica de la diligencia de entrega en los términos a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil.

3. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su nulidad y por ende se ordene su entrega, por ser este un contrato de ejecución periódica o de trato sucesivo.
  4. Se condene a Equipos al pago de las costas y los gastos del proceso, incluida en ellas, las agencias en derecho”.
- 3.2. Por su parte el apoderado de Equipos Portuarios S.A. en la demanda de reconvenCIÓN, a folios 106 y 107 del cuaderno principal, pidió acoger las siguientes:

**“Pretensiones**

1. Se declare que la Sociedad Grupo Portuario S.A. ha incumplido las obligaciones que para ella surgieron del contrato de almacenamiento celebrado con Equipos Portuarios S.A. de fecha 26 de marzo de 2003 y que están previstas principalmente en las cláusulas primera, tercera y octava, al no permitir que ingresaran al depósito público habilitado mercancías sin nacionalizar o bajo control aduanero con destino a ser depositadas por Equipos Portuarios S.A. en desarrollo del citado contrato.
2. Se condene a Grupo Portuario S.A. a restituir a Equipos Portuarios S.A. la totalidad de los dineros pagados en su favor por concepto del contrato de almacenamiento hasta la fecha en que se produzca el laudo, como consecuencia del incumplimiento imputable a culpa de Grupo Portuario S.A. de sus obligaciones contractuales.
3. Se condene a Grupo Portuario S.A. a indemnizar a Equipos Portuarios S.A. los demás perjuicios causados con su incumplimiento, según el monto que se determine pericialmente.
4. Se condene a Grupo Portuario S.A. a cumplir hacia el futuro, tratándose de un contrato de ejecución sucesiva, con las prestaciones contraídas en virtud del contrato de almacenamiento celebrado con Equipos Portuarios S.A., recibiendo la mercancía sin nacionalizar o bajo control aduanero que ella deposite y cumpliendo de manera eficaz sus gestiones aduaneras y legales en relación con dicha mercancía, como titular de un depósito público habilitado

de aduanas.

5. Se condene a Grupo Portuario S.A. a pagar las costas y las agencias en derecho”.

#### **4. Hechos.**

La parte convocante fundamenta cada grupo de pretensiones de la reforma de la demanda en hechos que consigna a folios 170 a 190 del cuaderno principal. Por su parte, los hechos que soportan la demanda de reconvención están contenidos a folios 107 a 110 del cuaderno principal. A los hechos relacionados por las partes se referirá el tribunal a espacio al estudiar los distintos temas objeto del debate procesal.

#### **5. Excepciones.**

Conforme quedó dicho antes, en la oportunidad procesal las partes propusieron excepciones de mérito, así:

En la contestación de la demanda el apoderado de Equipos Portuarios S.A. propuso la excepción genérica, es decir, “todo hecho que aparezca probado en el proceso, que enerva las pretensiones de la parte demandante” (fl. 103 cdno. ppal.).

A su vez, en la contestación a la demanda de reconvención el apoderado de Grupo Portuario S.A. propuso las excepciones que denominó: nulidad absoluta del contrato de almacenamiento suscrito entre Grupo y Equipos el día 26 de marzo de 2003; Simulación relativa del contrato de almacenamiento; Imposibilidad jurídica para el cumplimiento del contrato; Falta de legitimación sustancial para solicitar el incumplimiento y por ende la condena al pago de perjuicios que implora Equipos en la demanda de reconvención; Indebida acumulación de pretensiones formuladas en la demanda de reconvención y la Innominada o genérica (fls. 139 a 157 cdno. ppal.).

Sobre las excepciones de mérito propuestas por ambas partes se referirá el tribunal más adelante.

#### **6. Pruebas decretadas y practicadas.**

En la primera audiencia de trámite el tribunal decretó las pruebas solicitadas y, para el sustento de la decisión que adoptará, se relacionan enseguida las pruebas practicadas y allegadas al proceso, que se incorporaron al expediente, todas las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a su consideración:

**6.1. Documentales:** Se agregaron al expediente los documentos aportados por la convocante que están relacionados en la demanda (fls. 22 a 26 cdno. ppal.), al descorrer el traslado de las excepciones (fls. 128 y 129), en la contestación a la reconvención (fl. 158) y en la reforma de la demanda (fl. 190). Igualmente se agregaron los documentos aportados por la convocada que se relacionan en la contestación a la demanda (fl. 103), en la demanda de reconvención (fls. 110 a 115) y en la contestación a la reforma de la demanda (fl. 204). Se incorporaron también los documentos recaudados por el tribunal en el curso de las declaraciones y en la práctica de las inspecciones judiciales y exhibiciones de documentos. Igualmente, en cumplimiento a una acción de tutela se incorporó el concepto DIAN 53012-0226 de 13 de septiembre de 2004 aportado por la parte convocante; además de oficio se ordenó agregar al expediente documentos presentados por la convocada el 3 de noviembre.

**6.2. Dictámenes periciales:** se practicaron dictámenes periciales así:

a) Dictamen pericial financiero, rendido el 13 de agosto de 2004 por la doctora Vivian Guerrero de Restrepo; ambas partes solicitaron aclaraciones y complementaciones a este dictamen y el apoderado de la convocada formuló objeción por error grave a algunas de las conclusiones de dicho dictamen y dentro del traslado de tales objeciones el apoderado de la convocante solicitó desestimarlas. Igualmente el tribunal ordenó de oficio la práctica de aclaraciones y complementaciones a este dictamen. El experto junto con sus aclaraciones y complementaciones se agregó al cuaderno de pruebas 3.

b) Dictamen pericial contable, rendido el 13 de agosto de 2004 por el doctor Jesús Alonso Pineda Torres; este trabajo junto con sus aclaraciones y complementaciones se agregó igualmente al cuadernos de pruebas 3. Este dictamen no fue objetado.

c) Dictamen por ingeniero civil, rendido el 4 de agosto de 2004 por el doctor Jorge Torres Lozano, el experticio junto con sus aclaraciones y complementaciones se agregó al cuaderno de pruebas 3. Este dictamen no fue objetado.

**6.3. Inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de perito contable.** A petición de la convocante, se practicaron inspecciones judiciales en las oficinas de Equipos Portuarios S.A. en Bogotá (acta 10), así como en las instalaciones de la Bodega Millenium en Buenaventura (acta 11). A petición de la convocada se practicaron igualmente inspecciones judiciales en las oficinas de Grupo Portuario S.A. en Bogotá y en las instalaciones de la misma sociedad en Buenaventura. Y, de oficio, se practicó igualmente inspección judicial con exhibición de documentos en las oficinas de OPP Granelera S.A. de los documentos relacionados a folios 105 (acta 12).

**6.4. Declaración de terceros:** se recibieron los testimonios de Tarquino Corcione, (acta 7, fl. 259), Fernando Garcés Lloreda (acta 7, fl. 260), Pedro Manuel Arenas (actas 8 y 11, fls. 273 y 348), Cesar Restrepo Saavedra (acta 8, fl. 274), Mauricio Esteban Rico (acta 8, fl. 275), Saverio Minervini Spaccavento (acta 9, fl. 311), Carlos Eduardo Bermúdez (acta 9, fl. 312), Leonardo Ballesteros (acta 12, fl. 344), Nohora Yanes de Quirama (acta 12, fl. 345), Alberto Díaz (acta 11, fl. 347), Marco Antonio Quirama (acta 11, fl. 348) y Diana Cabezas (acta 11, fl. 348). Las transcripciones correspondientes se agregaron al expediente y de ellas se corrió traslado a las partes en forma legal.

El apoderado de la parte convocante desistió de los testimonios de los representantes legales de las sociedades Ecofértil S.A., Ciamsa S.A., Monómeros Colombo Venezolanos S.A., Industrias del Maíz S.A., Almagrario S.A. y Solfin Ltda. (acta 8, fl. 277), y de Alberto Jiménez (acta 9, fl. 314); en su oportunidad el tribunal aceptó tales desistimientos.

**6.4. Declaraciones de parte:** El 24 de agosto de 2004 el tribunal practicó los interrogatorios de Martha Cecilia Chávez Guerrero, representante legal de Equipos Portuarios S.A. y de Álvaro Domingo Rodríguez Acosta, representante legal de Grupo Portuario S.A. (acta 13, fls. 381 y 382, respectivamente).

**6.5. Oficios:** se libraron oficios a las siguientes entidades:

- a) A la Superintendencia de Puertos y Transporte para que aportara copia de “toda la actuación concerniente sobre el resultado de la apertura de investigación contra los señores Martha Chávez Guerrero, Tarquino Corcione, Alberto Jiménez y Saverio Minervini, quienes al momento de la suscripción del contrato eran miembros de la junta directiva de Grupo Portuario S.A.”.
- b) A la Cámara de Comercio de Buenaventura para que certificara “quién era el representante legal de Equipos Portuarios S.A. entre noviembre y diciembre de 2002”.
- c) A la Cámara de Comercio de Bogotá para que certificara “quién era el representante legal de Grupo Portuario S.A. entre noviembre y diciembre de 2002”.
- d) Al revisor fiscal de Equipos Portuarios S.A. para que certificara “quiénes eran los miembros de la junta directiva, los accionistas y los beneficiarios reales de las acciones de la convocada desde enero a abril de 2003 inclusive para el mes de marzo de 2003, y si actualmente figuran como tales dentro de su composición accionaria”.
- e) A la división de relatoría de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, nivel central, en Bogotá, para que aportara copia íntegra y auténtica del documento “Manuales de Procedimientos Aduaneros”, correspondiente al sistema informático Sidunea 2.63.
- f) A la Imprenta Nacional para que aportara copia íntegra y auténtica del Diario Oficial N° 44.806 del 20 de mayo de 2002, en el cual se publicó la Resolución 4261 del 14 de mayo de 2002, que adoptó el anterior manual.
- g) A la Superintendencia de Industria y Comercio para que expidiera copia auténtica “de la demanda que por competencia desleal presentó OPP Granelera S.A., a través del abogado Mauricio Velandia, contra Equipos Portuarios S.A., Martha Chavez y Alberto Jiménez”.

Las respuestas a estos oficios se incorporaron a los cuadernos de pruebas del expediente.

**6.6. Exhibición de documentos:** se practicó exhibición por parte de Grupo Portuario S.A. de los documentos relacionados a folios 115 y 116 del cuaderno principal, en la misma fecha que se practicó la inspección judicial en la misma (acta 10).

**6.7. Pruebas de oficio:** en ejercicio de sus facultades de dirección e instrucción del proceso, el tribunal ordenó ampliar el objeto de algunos oficios solicitados por las partes y le ordenó a estas exhibir algunos documentos en las inspecciones en sus oficinas y aportar determinados documentos (acta 6). También ordenó la práctica de una inspección judicial en las oficinas de OPP Granelera S.A. (acta 10); amplió el objeto de las inspecciones en las oficinas de Equipos Portuarios S.A. en Bogotá y Buenaventura (actas 10 y 11, respectivamente); ordenó ampliar el dictamen rendido por el contador Alonso Pineda (acta 10) y adicionar y ampliar el dictamen de la economista Vivian Guerrero de Restrepo (acta 16); también ordenó incorporar algunos documentos aportados por la convocada en la audiencia de 3 de noviembre (acta 16). Por último, decretó y practicó de oficio el testimonio de María Clemencia Rojas Montañés (acta 12, fls. 356).

## **7. Alegatos de conclusión.**

Los apoderados de las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia que se realizó para tal efecto el día 29 de septiembre de 2004 (acta 15) y en la misma, luego de sus respectivas intervenciones entregaron para el expediente los escritos que los contienen. El apoderado de la convocante reiteró sus pretensiones iniciales y el de la convocada solicitó por el contrario desestimar tales pretensiones y acoger las solicitudes de la demanda de reconvenCIÓN. A dichos alegatos se referirá el tribunal en el análisis de la cuestión a decidir que avoca enseguida.

## **II. Consideraciones del tribunal**

El tribunal procede enseguida a efectuar el estudio de las pretensiones de las partes, los hechos que las soportan y las excepciones de mérito propuestas para enervar las mismas frente a la normatividad jurídica aplicable y las pruebas aportadas y practicadas en el proceso, y a dictar el fallo en derecho, previas las siguientes consideraciones:

### **1. Los hechos alegados por las partes.**

Dadas las dificultades encontradas para ordenar los repetitivos argumentos del apoderado de la parte convocante, así como la relación de hechos presentados en la demanda y su reforma, el tribunal los ha clasificado en cinco criterios para analizarlos en forma ordenada, así: primer criterio: los depósitos públicos habilitados; segundo criterio: el contrato celebrado entre las partes; tercer criterio: de la nulidad absoluta y sus efectos; cuarto criterio: de la indemnización de perjuicios; y quinto criterio: la intermediación.

#### **1.1. Hechos de la demanda.**

El señor apoderado de Grupo Portuario S.A. (en adelante Grupo) presenta en la reforma de la demanda instaurada en contra Equipos Portuarios S.A. (en adelante Equipos), a folios 170 a 173 del cuaderno principal, los antecedentes del proceso y en capítulos aparte relaciona una serie de hechos relativos a cada grupo de pretensiones (fls. 173 a 190). Estos pueden reagruparse y resumirse en varios temas, así:

##### **1.1.1. Hechos de los antecedentes.**

— Como consta en el acta 77 de la junta directiva de Grupo de marzo 14 de 2003, se puso en consideración de sus miembros la oferta comercial de Equipos para suscribir el contrato de almacenamiento en la Bodega Millenium y por mayoría se aprobó su celebración, con dos votos en contra (nums. 1º y 2º).

— Según acta 78 de la misma junta de 31 de marzo, se solicita que se estudie un posible conflicto de intereses por parte de los miembros de la junta que aprobaron la celebración del contrato de almacenamiento con Equipos por ser a la vez miembros de la junta de esta y se solicita la suspensión del contrato o su refrendación por la asamblea de accionistas, proposiciones que no fueron aprobadas por la mayoría de la junta (nums. 3º, 4º y 5º).

— Con fecha 26 de marzo de 2003 Grupo y Equipos celebraron por el término de 5 años un contrato cuyo objeto

consiste en que el primero se comprometió para con el segundo a prestar el servicio de depósito (almacenamiento) de mercancías en un área fija exclusiva de su depósito público habilitado en la ciudad de Buenaventura. El área fija exclusiva es la Bodega 3 Millenium construida por Grupo en un inmueble arrendado por la Nación, y que la DIAN homologó a Grupo dicha bodega como depósito público habilitado para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero (Res. 7020/2001) (nums. 6º, 7º y 8º).

- Equipos se obligó a pagar como contraprestación por el servicio contratado una suma fija de US\$ 8.160 mensuales, independientemente del grado de ocupación de la bodega. Las mercancías sobre las que recae el servicio de almacenamiento son bienes propios o de clientes de Equipos, de suerte que Grupo actúa frente a estos últimos como un depositario subcontratado por Equipos (Cláusula 2ª del contrato) (nums. 9º y 10).
- Según Resolución 7020 de agosto 9 de 2001, Grupo es la persona jurídica homologada por la DIAN para explotar el servicio de depósito público para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero (num. 11).
- Equipos es un operador portuario que no tiene la calidad ni ha sido autorizado por la DIAN para actuar como titular del depósito público o privado habilitado en la Bodega Millenium, en los términos de la legislación aduanera vigente (num. 12).
- El contrato se suscribió en contravención a la ley aduanera y a los estatutos sociales de Grupo por la actual gerente y representante legal de Equipos, quien por varios años ostentó simultáneamente la representación legal de las dos compañías contratantes (num. 13).
- El contrato se encuentra en ejecución y no obstante haber buscado una solución autocompositiva para su terminación por adolecer de vicios sustanciales que atentan contra su validez, no ha sido posible obtenerla (num. 14).
- La Administración de Aduanas de Buenaventura formuló requerimiento especial a Grupo, en donde propone una sanción pecuniaria por incumplir las obligaciones impuestas en la Resolución 7020, por la cual se homologó el depósito público habilitado, al utilizar un área fija para Equipos, infringiendo el artículo 490 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 40 del Decreto 1232 de 2001, por lo que estima que la DIAN encontró probadas algunas causales que constituyen faltas al cumplimiento de las normas aduaneras (num. 15) .

### **1.1.2. Hechos de las pretensiones principales.**

#### **1.1.2.1. Los depósitos públicos habilitados de aduanas —titularidad de la habilitación—.**

- La actividad de los depósitos públicos habilitados de aduanas conforme a la definición del Decreto 2685 de 1999 se encuentra regulada y vigilada por el Estado por tratarse de la prestación de un servicio público (hechos 1 y 2).
- Lo anterior significa que quien ejerce la titularidad del depósito público habilitado de aduana conferido intuitu personae, debe someterse estrictamente a las normas que regulan la actividad que desarrolla (hechos 3 y 4).
- La única autoridad nacional competente para homologar los recintos donde se almacena mercancía bajo control aduanero y así mismo para reconocer la titularidad de un depósito público habilitado de aduanas es la DIAN, reconocimiento que solo puede efectuarse mediante un acto administrativo de carácter particular, previo cumplimiento de los requisitos exigidos por el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000, que de igual forma deben ser observados por quien aspire a sustituir al titular del depósito público habilitado.
- En virtud de dicha habilitación, el titular del depósito público es el único que puede ejercer como tal y por tanto cualquier acto ejecutado por quien carezca de la debida habilitación configura una violación del régimen aduanero y comporta responsabilidad de los participantes, lo que conlleva a sanciones pecuniarias (multas) impuestas por la DIAN. Así mismo, el carácter intuitu personae con que se otorga la titularidad del depósito público implica que es intransferible, indelegable e insustituible por acto entre particulares y en el evento de una cesión de posición contractual de un titular a un tercero se requiere de autorización de la DIAN mediante resolución motivada (hechos 5, 16, 17 y 18).

— En consecuencia de lo anterior, para efectuar un cambio de titular del derecho de habilitación para la explotación del depósito público de aduanas por parte de quien lo ha adquirido, sea por cesión, novación, subrogación o cualquier otro mecanismo jurídico para transferir ciertos derechos y que implique contraer las obligaciones legales para tal propósito, se exige previamente la autorización expresa de la DIAN. La sustitución por cesión de la habilitación no está prohibida y, por el contrario, para que pueda hacerse a un tercero se requiere autorización de la DIAN mediante un acto administrativo en favor de la persona que asumiría como nuevo titular del depósito público habilitado de aduanas (hechos 6 y 24).

### **1.1.2.2. Nulidad absoluta del contrato.**

La demanda fundamenta la nulidad en dos aspectos, así:

a) Se carece de autorización previa y expresa de la DIAN, a través de resolución motivada, para que equipos ejerza como titular del depósito público habilitado en la bodega para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, conforme a lo dispuesto en el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 referidas al régimen aduanero. Concluye que por violar el contrato la legislación aduanera, es nulo absolutamente por contener objeto y causa ilícitos, de acuerdo con los artículos 899 del Código de Comercio, 1740 y 1741 del Código Civil. Igualmente sustenta la ilicitud del objeto en los artículos 1519 y 1521 del Código Civil y 822 del Código de Comercio. El objeto ilícito radica en que Equipos no es persona autorizada para actuar como depósito público y por tanto el contrato es nulo (hechos 7 N° 1, 8, 9, 20, 21, 29 y 36).

b) El contrato “distorsionó” normas de carácter imperativo que resguardan, protegen y vigilan la actividad aduanera, particularmente las referidas al manejo de mercancías bajo control aduanero que se almacenan en un depósito público, las cuales no admiten disposición de las partes. Afirma por tanto que el contrato se encuentra viciado de nulidad por adolecer de objeto y causa ilícitos, pues el objeto contractual del negocio entre Grupo y Equipos viola el artículo 113 del Decreto 2685 de 1999, en virtud de que el régimen aduanero no permite la “triangulación” prevista en la cláusula 2<sup>a</sup>. del contrato, de manera que el titular del depósito público habilitado pueda tener la calidad de depositario subcontratado (hecho 7 N° 2 y 31).

— La nulidad absoluta viene del contrato, cláusulas primera a cuarta, que violan la normatividad aduanera porque permiten a Equipos actuar como depósito público habilitado de aduanas ante terceros, al recibir mercancías bajo control aduanero de sus clientes y luego enviarlas a Grupo que es el depósito habilitado por la DIAN, mediante un subcontrato de depósito (hecho 10 y 34).

— La convocante propone un silogismo: al subsumir las normas sobre objeto ilícito (premisa mayor) con lo previsto en el contrato, cláusulas 1 a 4 (premisa menor), se tiene que hay una violación de normas de orden público que atañen a la legislación aduanera, por haber sido desconocidas por quien goza de la homologación, violación que acarrea sanciones económicas traducidas en multas impuestas por la DIAN al titular de la habilitación del depósito público de aduanas (hechos 11, 12 y 37).

— Del objeto y espíritu del contrato de almacenamiento se colige, de una parte, que Grupo pretendió desprendese de un privilegio concedido por la ley que le había sido otorgado en forma exclusiva por la DIAN y que no podía transferir sin su aprobación y, de otra parte, que ello conlleva una cesión de posición contractual no permitida por la ley aduanera en forma directa por el autorizado. Esto es así, porque según la cláusula segunda del contrato Equipos actúa como depositario cuando la mercancía bajo control aduanero solo puede ser recibida, conforme lo prevé el artículo 113 del Decreto 2685 de 1999, por el titular del depósito público habilitado (hechos 13, 14, 15, 32 y 33).

— Las normas imperativas violadas por el contrato se encuentran en el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 de la DIAN, por cuanto Grupo y Equipos omitieron la autorización previa requerida para ceder, intermediar o utilizar a cualquier título el servicio de depósito público habilitado. Afirma que la DIAN llegó a esta conclusión al señalar en respuesta una consulta elevada por Grupo, que la titularidad de un depósito público no se puede cambiar sin la autorización conferida por ella. Esto lleva al apoderado de la convocante a concluir nuevamente que para que la habilitación del depósito público de aduanas pueda cederse necesita autorización de la DIAN mediante el correspondiente acto administrativo. Al constituir dicha autorización una formalidad *ad*

*substantiam actus* que fue pretermitida en el contrato, no puede subsanarse por voluntad de las partes, siendo imprescindible para predicar la existencia del contrato y nacimiento del mismo como fuente de obligaciones, pero que al omitirse el contrato deviene en nulo de nulidad absoluta (hechos 22, 23, 24, 30 y 37).

— En ejecución del contrato de almacenamiento Grupo hizo entrega material de la Bodega Millenium a Equipos según acta de entrega de marzo 26 de 2003, lo cual evidencia infracción al régimen aduanero, artículos 72 y 73 Decreto 2685 de 1999, toda vez que Grupo debe mantener la tenencia de la zona homologada para cumplir las obligaciones que se derivan de su calidad de depósito público de aduanas. Esto fue observado por la DIAN en acta de visita practicada a Grupo de junio 19 de 2003, en donde se afirma que no es procedente ceder los recintos habilitados a otras sociedades, lo que, por tratarse de una observación proveniente de autoridad competente, constituye fuerza mayor para continuar con la ejecución del contrato por imposibilidad jurídica según el artículo 64 del Código Civil (hechos 26, 27, 28 y 35).

— La exclusividad consignada en el contrato sobre el uso y goce de la bodega a Equipos limita los derechos de Grupo, como persona legitimada para ejercer la actividad aduanera, y riñe con las disposiciones sobre almacenamiento de mercancías y con las obligaciones del titular del depósito público habilitado (hecho 35).

— Grupo fue objeto de un requerimiento especial aduanero mediante el cual la administración propone sanción pecuniaria al establecer que aquel incumplió con sus obligaciones como depósito público habilitado al utilizar la Bodega Millenium para Equipos infringiendo el artículo 490 del Decreto 2685 de 1999 modificado por el artículo 40 del Decreto 1232 de 2001. Esta actuación administrativa confirma que la inobservancia de las obligaciones del depósito público habilitado acarrea sanciones económicas y otras que van hasta la pérdida de la homologación (hechos 38 y 39).

#### **1.1.2.3. La intermediación.**

La intermediación para el almacenamiento de mercancías destinadas a un depósito público habilitado constituye una actividad ajena al régimen aduanero que comporta su violación y cuya realización requiere de autorización (hecho 19).

#### **1.1.2.4. Propiedad de la bodega.**

Grupo es propietario de la bodega construida en los predios que actualmente arrienda a la Nación, que se encuentran en la zona homologada por la DIAN como depósito público habilitado para Grupo (hecho 25).

#### **1.1.3. Hechos de las pretensiones subsidiarias.**

1.1.3.1. De las primeras pretensiones subsidiarias: Al respecto señala la parte convocante que Martha Chávez cuando fungió como representante legal de Grupo, adportas de celebrar el contrato con Equipos, “tuvo el pleno y libre conocimiento y convencimiento” de las dudas planteadas en el seno de su junta directiva para celebrar dicho contrato, por limitar la capacidad de maniobra de la sociedad para el recibo de mercancías. Señala que concomitante a los hechos Martha Chávez fue nombrada de manera sospechosa como gerente de Equipos y como su representante firmó el contrato.

Denuncia el apoderado que Martha Chávez en el periplo contractual en calidad de gerente de Grupo “representó intereses oscuros” de la junta directiva de Equipos, que culminaron con la autorización de la junta de Grupo para la firma del contrato, donde los votos afirmativos fueron de miembros que tenían relaciones con la convocada, pues Tarquino Corcione era suplente de la junta directiva de Grupo y a la vez era principal de la junta de Equipos; Saverio Minervini era principal en la junta directiva de Grupo y padre de Roberto y Johnny Minervini, accionistas y miembros de la junta directiva de Equipos, y Alberto Jiménez era empleado de confianza de Saverio Minervini. Además 2 socios de Grupo, OPP S.A. y Retramar S.A., a su vez son socios de Equipos, y concluye que todos ellos tenían conocimiento de la situación de Grupo, del desenvolvimiento de sus negocios y de la necesidad de contar con la bodega para su desarrollo.

De los anteriores hechos concluye el apoderado que tanto los directivos de Grupo, que a su vez lo eran de Equipos, como Martha Chávez que era representante legal de las dos sociedades, celebraron el contrato conociendo la

contraposición del negocio jurídico frente a los intereses de Grupo, conductas que se enmarcan en la situación prevista en el artículo 838 del Código de Comercio, por lo cual el contrato debe rescindirse o anularse, pues fue celebrado por la representante de la sociedad en contraposición a los intereses de la misma, hecho que fue conocido por el tercero, Equipos.

**1.1.3.2. De las segundas pretensiones subsidiarias:** En este acápite el apoderado de la convocante trascibe la cláusula segunda del contrato materia de litis y manifiesta que de su lectura se revela que lo que verdaderamente se quiso celebrar entre Grupo y Equipos fue “una típica cesión de la posición como depósito público habilitado”, para que el segundo tuviera y gozara el privilegio de contratar directamente el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, lo cual aparentaron o disimularon con el contrato de almacenamiento sobre la bodega.

Al respecto considera el actor que “la simulación de los actos jurídicos crea frente a las partes y terceros “una apariencia externa, material de realidad y veracidad sobre lo que se percibe en forma directa por los sentidos, a través del documento fuente de obligaciones”, cuando lo original aparece oculto o disimulado, ante lo cual las mismas partes o un tercero pueden acudir ante la jurisdicción para “auscultar la realidad de lo querido” por los contratantes, cuando ello aparece distorsionado o apartado de la realidad. Considera que el negocio entre las partes no fue un simple contrato de almacenamiento en la bodega, sino que mediante el mismo las partes dispusieron de un privilegio otorgado por la autoridad competente que le permitió a Equipos, ocupando la posición de Grupo, comportarse frente a terceros como depósito público habilitado y, haciendo referencia al artículo 1618 del Código Civil, señala entonces que el primer contrato es el aparente y el último el verdadero por lo cual prevalece, pero está viciado de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos al haber dispuesto sobre un privilegio que no podía concederse.

**1.1.3.3. De las tercera pretensiones subsidiarias:** Expone el apoderado de la parte convocante que de acuerdo con el artículo 39 de los estatutos sociales de Grupo, para realizar cualquier operación con inmuebles de su propiedad era necesaria la autorización de la asamblea general de accionistas dada con el voto favorable de por lo menos el 80% de ellos, lo cual no se dio en este caso, pues Martha Chávez suscribió el contrato sin dicha autorización, lo cual traduce una falta de consentimiento que convierte el contrato en inexistente. Es decir, como faltó el consentimiento de dicha Asamblea, el negocio jurídico carece de un elemento de existencia que lo hace caer en el vicio de la nulidad absoluta en los términos del artículo 898 del Código de Comercio o de inexistencia en los términos del artículo 1502 del Código Civil.

Considera que el hecho de que la bodega materia del contrato, que es una mejora que consta en escritura pública, esté construida sobre bienes de propiedad de la Nación recibidos en arriendo, y que como tal deberá revertirse a esta al final del contrato, contribuye a establecer que Grupo ostenta la titularidad sobre la bodega, es decir, “que se trata de un inmueble de la sociedad”.

Manifiesta que el contrato es oponible a Equipos pues conoció las restricciones para contratar que constan no solo en los estatutos sino en el certificado de existencia y representación legal de Grupo quien no veló su capacidad negociar.

Señala además que la autorización de la junta directiva de Grupo a Marta Chávez para celebrar el contrato, contenida en el acta 77 de 14 de marzo 2003, “no resulta ser suficiente, idónea ni eficaz para suplir la voluntad”, pues el consentimiento de Grupo debía ser expresado por su asamblea general de accionistas con mayoría calificada conforme con los estatutos sociales, por lo cual la decisión de dicha junta no vincula a la sociedad y, por tal, el consentimiento que aparentemente se vislumbra en el contrato resulta absolutamente inexistente, con lo cual este no produce efectos jurídicos entre las partes sin que proceda su ratificación.

**1.1.3.4. De las cuartas pretensiones subsidiarias:** finalmente el actor manifiesta en la demanda que como Martha Chávez suscribió el contrato en nombre de Grupo sin contar con la autorización de la asamblea general de accionistas, el negocio jurídico carece de validez, pues la capacidad de goce de la gerente no representa legítimamente la capacidad de ejercicio de la sociedad, con lo que no la podía obligar frente a Equipos.

Considera además que la carencia de la facultad de representación implica una incapacidad especial de la gerente que hace que el acto resulte celebrado por persona relativamente incapaz que lo vuelve nulo en forma relativa, por

lo cual será Martha Chávez quien deba responder ante terceros según lo previsto por los artículos 833 y 841 del Código de Comercio, a menos que Grupo ratifique el contrato por intermedio de quien está autorizado por estatutos para ello.

Por lo expuesto concluye que si la junta directiva de Grupo aceptó la oferta de Equipos para celebrar el contrato y autorizó a la gerente para formalizar dicho acuerdo, el contrato es nulo por haberse celebrado por quien no tenía la capacidad para comprometer a la sociedad, ya que la naturaleza y la calidad del negocio jurídico exigían la voluntad de la sociedad exteriorizada a través de su asamblea general de accionistas; como ello no se dio el contrato es nulo relativamente y no produce efectos sino respecto del gerente que lo suscribió y no frente a Grupo, en la medida en que se extralimitaron las facultades conferidas al representante legal de la sociedad así como de la junta directiva.

## **1.2. La contestación a los hechos de la demanda.**

El señor apoderado de Equipos contestó los antecedentes y hechos de la demanda en los términos que se resumen así:

### **1.2.1. En cuanto a los antecedentes.**

- Remite al texto de las actas de junta directiva de Grupo, mencionadas por esta en los antecedentes de la demanda y se atiene a lo que aparece en ellas (nums. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º).
- Son ciertas las estipulaciones del contrato de almacenamiento suscrito el 26 de marzo de 2003, desmiente la afirmación de que la Bodega Millenium es propiedad de Grupo y agrega que ella se encuentra en una zona más amplia demarcada como depósito público habilitado (nums. 6º, 7º, 8º, 9º y 10).
- En lo que toca con el otorgamiento de la titularidad del depósito público habilitado, se hace remisión a la resolución de la autoridad aduanera correspondiente (num. 11).
- Equipos no ha pretendido actuar como titular de la habilitación ante las autoridades aduaneras (num. 12).
- La validez del contrato está sometida al pronunciamiento del tribunal de arbitramento. No obstante el contrato no desconoce ni viola las normas aduaneras, ni fue celebrado contraviniendo los estatutos sociales de Grupo (num. 13).
- Grupo pretende obtener la destrucción del vínculo contractual a fin de favorecer intereses de algunos de sus accionistas competidores de Equipos en el mercado (num. 14).
- El requerimiento especial formulado a Grupo por la Administración Especial de Aduanas de Buenaventura pretende imponerle una sanción que hasta ahora no ha sido impuesta a ninguna de las sociedades contratantes. No puede confundirse este acto administrativo con la imposición de la sanción (num. 15).

### **1.2.2. En cuanto a las pretensiones principales.**

#### **1.2.2.1. Los depósitos públicos habilitados de aduanas —titularidad de la habilitación—.**

- **Hechos 1 y 2.** Coincide la convocada con la definición de los depósitos públicos habilitados de aduanas, resalta que allí pueden permanecer almacenadas mercancías de cualquier usuario de comercio exterior y agrega que estos depósitos están sujetos a un régimen especial diferente a otros depósitos que no están regulados o que se encuentran sujetos a la vigilancia de otras entidades distintas de la DIAN.
- **Hechos 3 y 4.** Ciento pero solo respecto de los depósitos públicos habilitados de aduanas.

#### **Hechos 5, 16, 17 y 18.**

- **Hechos 5 y 16:** Es cierto. Las mercancías bajo control aduanero deben permanecer en zonas denominadas zonas primarias aduaneras (D. 2685/99, art. 1º) y los depósitos públicos no son los únicos que tienen esta calidad,

pues también lo son los puertos y muelles habilitados por la DIAN. Las instalaciones de Grupo son zona primaria aduanera por haber sido habilitadas como puerto y como depósito público de aduanas.

— **Hecho 17:** Es cierto. La homologación se otorga previo cumplimiento de requisitos legales mediante un acto administrativo de la DIAN, lo cual en nada contradice el contrato en cuyas cláusulas no hay estipulación que tienda a sustituir al titular de la habilitación.

— **Hecho 18:** Es inexacto hablar de cesión contractual porque la titularidad de un depósito público habilitado nace de la ley y de un acto administrativo de la DIAN y no de un contrato, pues la relación Grupo – DIAN no deriva de un acto contractual sino que es una relación legal administrativa.

#### **Hechos 6 y 24.**

— **Hecho 6:** Es cierto. Admite que puede darse un cambio de titularidad del depósito público pero no mediante un acto entre particulares, como lo afirma la convocante, sino mediante acto administrativo de la DIAN, entidad que en concepto 135 de diciembre 19 de 2002 precisó que el cambio de titular de un depósito público habilitado implica verificar el cumplimiento de los requisitos legales exigidos al efecto por las normas aduaneras y, acreditados estos, puede proceder a otorgar la habilitación, procedimiento que garantiza la responsabilidad de esos auxiliares de la función aduanera.

— **Hecho 24:** Sobre el tema de la sustitución de la habilitación es inexacto, porque la calidad de depósito público habilitado de aduanas no puede cederse por acto entre particulares ni tampoco la DIAN lo autorizaría; se requiere entonces de un acto administrativo de la DIAN, que es el único que tiene efectos legales para el propósito de reconocer la titularidad del depósito público de aduanas.

#### **1.2.2.2. Nulidad absoluta del contrato.**

##### **Hechos 7 Nº 1, 8, 9, 20, 21, 29 y 36.**

— **Hecho 7 Nº 1:** Se opone a la nulidad absoluta del contrato. Ninguna estipulación del contrato indica que Equipos ejerza como depósito público habilitado de aduanas y simplemente se trató de utilizar los servicios de almacenamiento de Grupo en tal calidad ya que tales depósitos públicos existen para prestar dicho servicio, para tal fin remite al contrato, cláusulas 1<sup>a</sup>, 8 literales d) y n), 11 literales a), b) y c). Concluye que el contrato se celebró con la condición de que Grupo siga siendo el depósito público habilitado de aduanas y, por tanto, es inaceptable la afirmación en el sentido de que el contrato pretende cambiar la titularidad del depósito público.

— **Hechos 8 y 20:** Son falsos. El contrato no viola la legislación aduanera, precisamente por no tener Equipos la calidad de depósito público habilitado de aduanas se justifica la celebración del contrato de almacenamiento de mercancías bajo control aduanero.

— **Hechos 9 y 21:** Las normas transcritas parcialmente sobre nulidad absoluta de los contratos y objeto ilícito, artículos 1519 y 1521 del Código Civil y artículos 899 y 822 del Código de Comercio que remite al civil, no son aplicables al caso concreto.

— **Hecho 29:** Falso. El contrato nunca buscó cambiar o sustituir la calidad jurídica de Grupo para almacenar mercancías bajo control aduanero.

— **Hecho 36:** No es cierto. No puede hacerse consistir la nulidad absoluta del contrato en que Equipos no es persona autorizada como titular de un depósito público habilitado, ya que ello no constituye una incapacidad legal, es precisamente esta circunstancia la que justifica el contrato entre las partes celebrado para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero que constituye el servicio que prestan los depósitos públicos de aduanas y para el cual fueron creados.

##### **Hechos 7 Nº 2 y 31**

— **Hecho 7 Nº 2:** Es falso. No existe ninguna estipulación en el contrato que distorsione normas aduaneras, tan es así que la convocante no relaciona ninguna cláusula que implique tal distorsión.

— **Hecho 31:** No es cierto. La triangulación a que se refiere la cláusula segunda del contrato no tuvo ocurrencia en la práctica porque Equipos nunca celebró contratos de depósito con sus clientes y de haberlos celebrado no serían ilegales ni su validez sería materia de este arbitramento.

Tampoco encuentra que dicha estipulación sea violatoria del artículo 113 del Decreto 2685 de 1999 porque la mercancía bajo control aduanero se almacena en un depósito habilitado de aduanas y porque el régimen aduanero solo tiene interés en el control físico de las mercancías y respecto a que el titular de la habilitación del depósito público de aduanas no pueda tener la calidad de depositario subcontratado señala que esa figura es permitida por los artículos 1172 del Código de Comercio, 2º del Decreto 2091 de 1992 y la Circular Básica Jurídica de la ~~(\*)~~ Superintendencia Bancaria y a su turno el artículo 1175 del Código de Comercio prevé la posibilidad de que haya varios depositarios. Concluye que no hay prohibición en el Régimen Aduanero de celebrar un contrato como el suscripto entre Grupo y Equipos, lo que afirma, fue ratificado por la DIAN.

#### **Hecho 10 y 34.**

— **Hecho 10:** Totalmente falso. Sigue descartar el “hecho” consistente en mencionar varias cláusulas del contrato sin precisar por qué acarrean su nulidad. Posteriormente analiza las cláusulas citadas por la convocada y concluye:

La cláusula primera se refiere únicamente a un servicio de almacenamiento como una obligación a cargo del depósito público habilitado de aduana.

En la cláusula segunda la expresión “bienes propios de Equipos o de sus clientes” se ajusta a la normatividad aduanera pues en los depósitos públicos se pueden almacenar mercancías de cualquier usuario de comercio exterior. En consecuencia no hay obstáculo para almacenar en el depósito de Grupo los bienes propios de Equipos o de sus clientes.

La posibilidad de crear un doble vínculo contractual entre Equipos y sus clientes y entre Equipos y Grupo, prevista en el inciso segundo de la misma cláusula, no se configuró en la práctica y de haberse configurado ello no sería materia del arbitramento. La naturaleza del contrato entre Equipos y sus clientes podría corresponder a un mandato sin representación frente al depósito habilitado.

No hay nada criticable en que Equipos actúe como depositante de bienes de sus clientes por ser quien entrega la mercancía en depósito, conforme estipula la cláusula tercera.

Encuentra equitativo y no contrario al régimen aduanero lo convenido en la cláusula cuarta según la cual se destina a Equipos un área exclusiva para el almacenamiento de las mercancías, en virtud de haberse estipulado el pago de una suma fija por el depósito independientemente de su grado de ocupación.

— **Hecho 34:** No es cierto. Las cláusulas del contrato no violan las normas legales y agrega que en la demanda no hay concreción de las normas violadas ni de las cláusulas que conllevan la violación.

#### **Hechos 11, 12 y 37.**

— **Hechos 11 y 37 (son iguales):** No son ciertos. El silogismo planteado por Grupo no entraña un razonamiento y se propone por tanto uno diferente concluyendo que las premisas, además de enunciadas deben ser demostradas, lo que la convocante se abstiene de hacer. Si el propósito de la demanda conforme a lo indicado en este hecho y el 37, es comparar las cláusulas del contrato citadas en el hecho 10 con las normas legales aludidas en el hecho 9, tendría que aclarar cuáles normas de derecho público contravienen el contrato o cuáles derechos o privilegios intransferibles se enajenaron y no hace ninguna de ellas, por tanto el contrato no es nulo ni contempla ninguna renuncia ni desconocimiento de privilegio alguno.

— **Hecho 12.** Las sanciones que pudieran derivarse de la violación de las normas aduaneras según la demanda, no han sido impuestas en este caso por parte de la DIAN.

#### **Hechos 13, 14, 15, 32 y 33.**

— **Hecho 13:** El objeto del contrato (cláusula primera) no señala que Grupo se desprenda de ningún privilegio y, por el contrario, el mismo contrato lo obliga a mantener la calidad de depósito público habilitado y a cumplir con las obligaciones que tal calidad le impone. El espíritu del contrato es que Grupo sea y siga siendo depósito habilitado de aduanas y preste el servicio de almacenamiento para el cual fue creado.

De otra parte, no hay cesión de posición contractual porque la calidad de depósito público es una concesión del Estado otorgada mediante acto administrativo y por tanto Grupo no tiene ninguna posición contractual que ceder.

— **Hecho 14.** No es cierto. El contrato (cláusula segunda) estipula que Equipos oficiaría como único depositante frente a Grupo, posición reafirmada en la misma cláusula. El recibo de la mercancía por parte de Grupo es justamente lo previsto en el contrato, cláusulas 8 literal a) y 11 literal d), en consecuencia el contrato no contraría el artículo 113 del Decreto 2685 de 1999 y, en general, ninguna norma del régimen aduanero porque la mercancía de importación nunca sale de zona primaria aduanera, y el que Equipos asuma la calidad de depositario frente a sus clientes tampoco configura violación, en razón a que el interés de la ley aduanera es la permanencia de la mercancía en ciertos lugares y además tal figura no es materia de prohibición como tampoco la del subcontrato de depósito que permiten varias normas legales, además porque la mercancía es depositada en un depósito público habilitado de aduanas y no en uno diferente.

— **Hecho 15:** Es inexacto. La mercancía bajo control aduanero, además de ir a un depósito público de aduanas puede ir a una zona franca o a un depósito privado de aduana. Como la mercancía según el contrato va al depósito público habilitado de aduanas, no hay contradicción entre aquel y la ley que conlleve su nulidad.

— **Hecho 32:** Es falso. No hay infracción del artículo 113 del Decreto 2685 de 1999 como quiera que el mismo contrato establece la obligación de Grupo de recibir la mercancía y la prohibición de negarse a ello y, por el contrario, jamás se estipuló que Equipos almacenara mercancías en sus propias instalaciones.

— **Hecho 33:** No es cierto. El contrato no estipula que Equipos cumpla obligaciones de un depósito público habilitado, las cuales se hicieron radicar exclusivamente en cabeza de Grupo y para efecto de comprobar que el contrato no conlleva ninguna delegación a Equipos de las funciones de un depósito público, se presenta un paralelo entre las obligaciones contractuales de Grupo con las que legalmente le corresponden como titular de la habilitación.

### **Hechos 22, 23, 24, 30 y 37.**

— **Hecho 22:** No es cierto. El contrato debatido no se refiere a ceder, intermediar o utilizar a cualquier título el servicio de depósito público habilitado que ostenta Grupo. Tan es así que varias cláusulas del contrato parten de la base de que Grupo es el depósito público y tiene la obligación de mantener tal calidad.

— **Hecho 23:** Es falso. La DIAN nunca llegó a conclusiones respecto del contrato sometido a arbitramento, pues la consulta que la convocante formuló a la Aduana de Buenaventura no se refirió a ese contrato en particular y, además, el respectivo concepto fue expedido por un funcionario que carece de autoridad para establecer doctrina nacional en materia aduanera, por el contrario existe concepto de la división de normativa y doctrina aduanera que actúa legalmente como autoridad doctrinaria aduanera nacional, según el cual la estipulación referida a destinar un área fija del depósito público para recibir mercancía de importación, por ser de orden del derecho privado y no aduanero, su pronunciamiento no corresponde a la autoridad aduanera. No obstante indica que si los acuerdos privados conllevan el almacenamiento de ese tipo de mercancía, debe cumplir las obligaciones exigidas por el Decreto 2685 de 1999 que no establece prohibición de celebrarlos. Agrega que el depósito público no puede negarse a recibir esta clase de bienes so pena de hacerse acreedor a las sanciones legales.

— **Hecho 24:** Inexacto. Se reitera que la habilitación es una calidad legal y reglamentaria conferida por la DIAN mediante resolución y por tanto no es susceptible de ceder mediante acto privado.

— **Hechos 30 y 37:** No son ciertos. En el contrato no hay cesión de la titularidad del depósito público habilitado de Grupo a Equipos. Se trata solamente de un contrato de almacenamiento en donde se reconoce a Grupo como depósito público de aduanas que no conlleva ninguna renuncia de privilegios legales ni desconocimiento de los mismos.

## **Hechos 26, 27, 28 y 35.**

— **Hecho 26:** Inexacto. El acta de entrega no implica transferencia de las responsabilidades de Grupo como titular del depósito habilitado. Únicamente se trató de una autorización para que el personal de Equipos pudiera realizar labores operativas en la bodega como lo estipula el literal f) de la cláusula octava del contrato. Por tanto no se puede afirmar que Equipos cumpliera obligaciones correspondientes a Grupo.

— **Hecho 27:** Es calificado como inexacto y tendencioso. Parte de una información tergiversada suministrada a la DIAN por Grupo, que se apoya en el falso supuesto de la ocurrencia de una cesión de la titularidad sobre el depósito público a favor de Equipos.

— **Hecho 28:** Falso. La fuerza mayor es una eximente de responsabilidad que no tiene cabida cuando se está argumentando la nulidad de un contrato por objeto ilícito. Es inaceptable que la demandante pretenda exonerarse de su responsabilidad con base en una apreciación informal de la DIAN.

— **Hecho 35:** Es falso. La exclusividad se refiere a un área fija pese a lo cual el contrato permite que el almacenamiento se ejecute en un lugar diferente con similares características, la demanda no determina cuáles son las normas legales con las que riñe la exclusividad pactada.

**Hechos 38 y 39:** Grupo magnifica lo dicho por la DIAN en el requerimiento especial y anticipa que vendrán nuevas sanciones administrativas contra ella por la violación del régimen aduanero, lo cierto es que la DIAN no ha impuesto sanción alguna a Grupo ni a Equipos derivada de la celebración del contrato.

### **1.2.2.3. La intermediación.**

**Hecho 19.** Totalmente falso. Es contradictorio afirmar que la intermediación es una actividad ajena al régimen aduanero y al mismo tiempo que ello comporta su violación, porque un acto ajeno a una normatividad específica no puede ser violatorio de la misma, adicionalmente no existe prohibición alguna para la intermediación en el servicio de almacenamiento ni se requiere autorización estatal para ello, conforme lo dispone el artículo 333 de la Constitución Nacional que permite a los particulares emprender cualquier actividad económica salvo las legalmente prohibidas.

### **1.2.2.4. Propiedad de la bodega.**

**Hecho 25.** No es verdad. Grupo es arrendataria del terreno donde se construyó la bodega, no su propietaria.

## **1.3. Hechos de la demanda de reconvención.**

El apoderado de Equipos soporta la demanda de reconvención en los hechos que relaciona a folios 107 a 110 del cuaderno principal, los cuales se resumen así:

— El 26 de marzo de 2003 se celebró un contrato de almacenamiento de mercancías entre Equipos como depositante y Grupo como titular de un depósito público habilitado de aduanas, mediante el cual este se obligó a otorgar a la primera una capacidad física tasada en metros cuadrados dentro de la zona primaria habilitada, principalmente en la Bodega Millenium, respecto de la cual transcribe parcialmente la cláusula cuarta del contrato (hechos 1 y 2).

— La zona habilitada a Grupo no se limita a la bodega citada en el contrato sino que se extiende a un área superior, destinada toda al almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, actividad controlada por aquella a fin de cumplir su obligación de un efectivo control aduanero mediante un sistema de información que maneja con la DIAN y que le permite entregar oportunamente los datos sobre la recepción de carga para custodia (hechos 3 y 4).

— Respecto a la mercancía que podía ser ingresada por Equipos al depósito habilitado, principalmente a la Bodega Millenium, transcribe la cláusula tercera del contrato (hecho 5).

— Se destacan las obligaciones contractuales contraídas por Grupo frente a Equipos relacionadas con la mercancía, dentro de las cuales se resaltan las citadas en la cláusula octava, literales a), b), c) y n) relativas a su

recepción, ubicación, custodia, etc. (hecho 6).

- Se pactaron igualmente restricciones contractuales para el depósito (Grupo) también relacionadas con la mercancía contenidas en la cláusula décima primera y se resaltan los literales d), i) y j) (hecho 7).
- Grupo incumplió sus obligaciones contractuales pues aduciendo una pretendida ilegalidad del contrato, no permitió a Equipos el ingreso de la mercancía bajo control aduanero al depósito público, causándole por tanto perjuicios a título de daño emergente y lucro cesante (hechos 8 y 12).
- Equipos tiene un competidor denominado OPP Granelera S.A., accionista de Grupo y al que se encuentran vinculados algunos accionistas de esta última y, por tanto, la verdadera razón para incumplir el contrato y buscar su terminación no es propiamente mantener el orden legal sino favorecer a OPP Granelera S.A. (hechos 9 y 10).
- Equipos ha cancelado la remuneración pactada en el contrato sin recibir por parte de Grupo la contraprestación del servicio correspondiente (hecho 11).

#### **1.4. La contestación a los hechos de la reconvención.**

El señor apoderado de Grupo contestó los hechos como se resume a continuación:

##### **Hechos 1 y 2.**

- **Hecho 1:** No es cierto. El objeto del contrato viene estipulado en la cláusula primera cuyo texto transcribe, aclarando que Grupo no actuó como titular de un depósito público habilitado de aduanas y no podía celebrar dicho contrato en virtud de que la legislación aduanera se lo impedía.
- **Hecho 2:** Es cierto atendiendo la cláusula cuarta del contrato.

##### **Hechos 3 y 4.**

- **Hecho 3:** Es cierto. Equipos sin embargo es quien administra el almacenaje dentro de la bodega.
- **Hecho 4:** No es cierto. Grupo ejerce el control aduanero de las mercancías de propiedad de Equipos o de sus clientes que son almacenadas en la bodega, por intermedio de esta última. Grupo solamente lleva un control de las mercancías que entran al muelle. Esta conducta contraviene las normas aduaneras en especial el artículo 113 del Decreto 2685 de 1999, toda vez que Equipos al entregar la mercancía a Grupo para su almacenamiento, no lo hace como transportador o sociedad de intermediación aduanera ni como endosatario a cuyo nombre se encuentre consignada la mercancía en el documento de transporte. Conforme a la cláusula Segunda del contrato, Equipos se comporta como depositario frente a sus clientes y como depositante frente a Grupo, resultando así violadas las normas aduaneras por cuanto las únicas personas autorizadas para recibir mercancía bajo control aduanero son las homologadas como depósito público habilitado.

Equipos tampoco podía actuar a título de mandato con representación por cuanto se requiere que el mandatario sea una sociedad de intermediación aduanera, calidad que no ostenta y que además tiene su propia reglamentación dentro del régimen aduanero. Sobre el particular cita el concepto de la DIAN 120 de septiembre 10 de 2002.

- **Hecho 5.** No es cierto. Las mercancías que ingresa Equipos a la bodega son las referidas en la cláusula tercera del contrato, con lo cual se vulneran las normas aduaneras.
- Respecto de mercancía bajo control aduanero no puede ser recibida o entregada por Equipos “así Grupo actúe como depósito público habilitado por cuenta de Equipos pues dicha calidad jurídica no puede ser cedida o sustituida por acto entre vivos” (sic) sin la autorización de la DIAN.
- El almacenamiento de mercancía nacionalizada en un depósito público no está permitido en la ley.
- **Hecho 6.** Es cierto. Las obligaciones estipuladas a cargo de Grupo no lo vinculan frente a Equipos al estar el contrato viciado de nulidad absoluta por contravenir normas aduaneras al desprendérse en todo o en parte de sus

calidades de depósito público habilitado sin la autorización de la DIAN.

— **Hecho 7.** Es cierto. Las restricciones de la cláusula décima primera contravienen normas aduaneras.

#### **Hechos 8 y 12.**

— **Hecho 8:** Es cierto. La negativa de Grupo a permitir el ingreso al depósito público de la mercancía bajo control aduanero de los clientes de Equipos se apoya en un concepto del Administrador Especial de Aduanas de Buenaventura basado en otro de la DIAN.

— **Hecho 12:** No es cierto. Los perjuicios deben probarse pero no hay lugar a ellos por ser el contrato nulo absolutamente por objeto y causa ilícitos. Remite a los artículos 1746 y 1525 del Código Civil y 899 del Código de Comercio.

#### **Hechos 9 y 10.**

— **Hecho 9:** Es cierto. Debe probarse que el interés de terminar el contrato es el de favorecer a OPP Granelera S.A.

— **Hecho 10:** No es cierto. Es impertinente el hecho relacionado con OPP Granelera S.A., competidor de Equipos.

— **Hecho 11.** Es cierto. Aclara que Grupo no impide a Equipos el almacenamiento de mercancías porque este ha venido utilizando la bodega como depósito simple de mercancías nacionalizadas, lo que contraviene la ley aduanera.

## **2. Las pretensiones de las partes.**

### **2.1. Las pretensiones principales de la demanda:**

1. Que se declare nulo de nulidad absoluta el contrato de almacenamiento suscrito mediante documentos privado de fecha 26 de marzo de 2003 entre Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A., al contravenir y contrariar normas imperativas concernientes a los depósitos públicos y privados habilitados para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, en los términos a que se refiere el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 proferida esta última por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN.

2. Como consecuencia de lo anterior se ordene a Equipos restituir y entregar en forma material a Grupo en el mismo estado en que fue entregada y totalmente desocupada a favor de Equipos, la bodega número tres (3) denominada “Millenium”, ubicada en la zona homologada como depósito público habilitado para Grupo en la ciudad de Buenaventura, cuya área es de dos mil setecientos veinte metros cuadrados ( $2.720 M^2$  ).

En caso de no efectuarse la entrega en forma material y voluntaria por parte de Equipos en el término señalado en el laudo por el honorable tribunal, sírvase ordenar librar despacho comisorio al juez civil del circuito de Buenaventura (reparto) para la práctica de la diligencia de entrega en los términos a que se refiere el artículo 337 del Código de Procedimiento Civil.

3. Se declare que Grupo no está obligado a restituir a Equipos las sumas de dinero recibidas por aquella a título de servicio de almacenamiento durante la ejecución del contrato de almacenamiento y hasta que se declare su nulidad y por ende se ordene su entrega, por ser este un contrato de ejecución periódica o de trato sucesivo.

4. Se condene a Equipos al pago de los perjuicios causados a Grupo por la actuación de mala fe con que obró Equipos durante el período precontractual, contractual y postcontractual y que dio lugar a la suscripción del contrato de almacenamiento de fecha 26 de marzo de 2003 a sabiendas o no de la existencia de la causa y objeto ilícito de que adolece el contrato así:

### **4.1. Daño emergente.**

Por la suma de veinte millones de pesos mensuales (\$ 20'000.000) o en dólares de los Estados Unidos de América

la que resulte probada o menor proporción según dictamen pericial como gastos fijos de sostenimiento de la Bodega Millenium y que Grupo paga por mensualidades por concepto de vigilancia, arriendo total del lote A1, seguros, mantenimiento y servicios públicos.

#### **4.2. Lucro cesante.**

4.2.1. Por la suma de noventa y siete millones cuatrocientos cuarenta pesos (\$ 97'440.000) o en dólares de los Estados Unidos de América mensual o la que resulte probada en mayor o menor cuantía a través de dictamen pericial y que Grupo ha dejado de percibir normalmente dentro del giro ordinario de sus negocios como ingresos y utilidades si tuviere en su poder la bodega Millenium para destinarla y utilizarla como depósito público habilitado desde que se hizo entrega material del inmueble a Equipos hasta la fecha que ocurra la restitución del bien.

4.2.2. Se ordene compensar, deducir o descontar del valor que Grupo pruebe por concepto de perjuicios, deterioros, frutos y expensas y que resulte condenado Equipos, los cánones de arrendamiento que la convocante ha recibido desde el 26 de marzo de 2003 hasta la fecha del laudo que le ponga fin al proceso arbitral.

5. Se condene a Equipos al pago de las costas y los gastos del proceso. Incluida en ellas las agencias en derecho”.

#### **2.2. Las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN:**

“1. Se declare que la sociedad Grupo Portuario S.A. ha incumplido las obligaciones que para ella surgieron del contrato de almacenamiento celebrado con Equipos Portuarios S.A. de fecha 26 de marzo de 2003 y que están previstas principalmente en las cláusulas primera, tercera y octava, al no permitir que ingresaran al depósito público habilitado mercancías sin nacionalizar o bajo control aduanero con destino a ser depositadas por Equipos Portuarios S.A. en desarrollo del citado contrato.

2. Se condene a Grupo Portuario S.A. a restituir a Equipos Portuarios S.A. la totalidad de los dineros pagados en su favor por concepto del contrato de almacenamiento hasta la fecha en que se produzca el laudo, como consecuencia del incumplimiento imputable a culpa de Grupo Portuario S.A. de sus obligaciones contractuales.

3. Se condene a Grupo Portuario S.A. a indemnizar a Equipos Portuarios S.A. los demás perjuicios causados con su incumplimiento según el monto que se determine pericialmente.

4. Se condene a Grupo Portuario a cumplir hacia el futuro, tratándose de un contrato de ejecución sucesiva, con las prestaciones contraídas en virtud el contrato de almacenamiento celebrado con Equipos Portuarios S.A., recibiendo la mercancía sin nacionalizar o bajo control aduanero que ella deposite y cumpliendo de manera eficaz sus gestiones aduaneras y legales en relación con dicha mercancía, como titular de un depósito público habilitado de aduanas.

5. Se condene a Grupo Portuario S.A. a pagar las costas y las agencias en derecho”.

#### **3. Excepciones de mérito.**

##### **3.1. Excepciones a la demanda.**

###### **3.1.1. Excepciones a la demanda propuestas por Equipos.**

Como se mencionó al comienzo de este laudo, en la contestación de la demanda la convocada solo propone como excepción de mérito la denominada genérica, fundada en todo hecho que resulte probado dentro del proceso que enerve las pretensiones de la parte demandante.

###### **3.1.2. Contestación de Grupo a la excepción genérica.**

Dentro del término del traslado de las excepciones, la convocante contesta la excepción genérica con fundamento en unos hechos que califica como “Nuevos” y que según afirma, “se desprenden de la contestación de la demanda”. Como la excepción propuesta por la demandada no se contrae a ningún hecho en particular precisamente por tratarse de la genérica, referida en forma amplia a todo hecho que resulte probado dentro del

proceso, conforme al artículo 306 del Código de Procedimiento Civil y no a hechos nuevos, como lo afirma el apoderado de la convocante, el tribunal se abstiene de considerar dichos hechos en que se hace consistir la excepción, en razón a que limitan el concepto y alcance de la misma y, además, porque de haberse efectuado alguna precisión sobre el particular, ello correspondería hacerlo a quien propuso la excepción.

### **3.2. Excepciones a la demanda de reconvención.**

El apoderado de la convocante en la contestación de la demanda de reconvención (fls. 139 a 157 cdno. ppal.) propone las siguientes excepciones de mérito:

1. Nulidad absoluta del contrato de almacenamiento suscrito entre Grupo y Equipos el día 26 de marzo de 2003.
2. Simulación relativa del contrato de almacenamiento.
3. Imposibilidad jurídica para el cumplimiento del contrato.
4. Falta de legitimación sustancial para solicitar el incumplimiento y por ende la condena al pago de perjuicios que implora Equipos en la demanda de reconvención.
5. Indebida acumulación de pretensiones formuladas en la demanda de reconvención.
6. Excepción genérica.

Los hechos en que se fundamentan las excepciones anteriores son los siguientes:

#### **3.2.1. Nulidad absoluta del contrato de almacenamiento suscrito entre Grupo y Equipos el día 26 de marzo de 2003.**

Sustenta la excepción en idénticos hechos a los expuestos en la demanda inicial presentada por Grupo, los cuales se relataron en el acápite 1. “Demandas – Hechos”, por tanto no es del caso repetir.

#### **3.2.2. Simulación relativa del contrato de almacenamiento.**

- La simulación es la apariencia de celebrar un contrato que oculta y no corresponde a la voluntad real de las partes.
- El contrato entre Grupo y Equipos no es un contrato de almacenamiento simple sino se trata de la disposición de un derecho o privilegio otorgado a Grupo por la autoridad competente, consistente en cederle a Equipos el privilegio de manejarse y comportarse entre sí y frente a terceros como depósito público habilitado para almacenar mercancías bajo control aduanero, todo ello bajo la apariencia de un contrato de almacenamiento sobre la bodega, tal como se deduce de la cláusula segunda del contrato, lo que resulta consecuente con lo dispuesto por el artículo 1618 del Código Civil.
- Lo expuesto lo reafirma la convocante así:
- La entrada y salida de mercancía del depósito público habilitado con destino a la bodega (sic.) la hace Equipos y es verificada por el titular de la habilitación.
  - El recibo y entrega a los clientes de la mercancía y su manipulación dentro de la bodega es una actividad ejercida directamente por Equipos.
  - Lo anterior tiene ocurrencia por haber mediado la entrega material de la bodega por parte de Grupo a Equipos que no habría tenido cabida si se tratara de un contrato de almacenamiento.
- Las actividades anteriores violan lo dispuesto en el artículo 72, literales a, b, j, k, l, m, o, p, q, s, del Decreto 2685 de 1999, toda vez que impiden a Grupo cumplir con sus obligaciones legales como depósito público habilitado, ya que el contrato efectúa una cesión parcial de la habilitación respecto de la bodega que contraría las normas aduaneras y por tanto adolece de objeto y causa ilícitos conforme a los artículos 1521 y 1525 del Código

Civil.

— Según el contrato las mercancías que Equipos deposita en el depósito público habilitado son de su propiedad o de propiedad de sus clientes. Respecto de estas últimas mercancías Equipos no tiene ninguna de las calidades requeridas para entregarlas a Grupo, como quiera que no es transportador ni agente de carga internacional ni tampoco mandatario de sus clientes porque no ostenta la calidad de sociedad de intermediación aduanera.

— El doble vínculo contractual que se crea entre Equipos y Grupo y Equipos y sus clientes conlleva que en esta última relación Equipos actúa como depositario sustituyendo o desplazando a Grupo, ya que este no responde por la conservación de la mercancía frente a los clientes de Equipos, con lo cual se desvirtúa la naturaleza del contrato de depósito que es la conservación de la mercancía, lo cual viene a ratificar que el contrato materia de arbitramento es un contrato simulado en la causa, siendo el verdadero aquel que permite actuar a Equipos frente a sus clientes como un depósito público habilitado.

— Al establecerse que el contrato oculto bajo la apariencia de depósito de mercancías es un contrato de cesión de derechos de almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, este deviene en nulo de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos por disponer de un derecho o privilegio que no podía concederse (C.C., arts. 1524 y 1525).

### **3.2.3. Imposibilidad Jurídica para el cumplimiento del contrato.**

— A sabiendas de que el contrato adolece de nulidad absoluta por objeto y causa ilícitos, no es posible considerar que Grupo tenga que verse forzado a cumplirlo ni que el contratante que alegue su incumplimiento pueda obtener un provecho económico.

— Grupo no puede ser obligado a cumplir el contrato cuando de la ley se desprende que nadie debe cumplir un contrato cuando su objeto sea moralmente imposible por estar prohibido en las normas aduaneras y por ende contrario al orden público (C.C., arts. 16 y 1518).

— De las definiciones de los depósitos públicos habilitados contenidas en los artículos 47 y 48 del Decreto 2685 de 1999 y de las obligaciones del titular, artículos 72 ibídem, se desprende que las mercancías que pueden ser almacenadas en los depósitos públicos habilitados son las que se encuentran bajo control aduanero o no nacionalizadas. Además Grupo tiene registro como operador portuario y como tal presta servicio de almacenamiento, servicio que, en virtud de la Resolución 7020 de la Dian que la homologa como depósito público habilitado, quedó limitado a mercancías bajo control aduanero. Por sustracción de materia se colige que en el depósito público habilitado no pueden ser almacenadas mercancías nacionalizadas.

-&nbsp;&nbsp;&nbsp;&nbsp;&nbsp;&nbsp;Lo anterior se afianza con lo dispuesto en los numerales 2.1, 2.3 y 3.3 del artículo 490 del estatuto aduanero que consagra las infracciones de los depósitos públicos y privados habilitados de aduanas y las sanciones aplicables.

— El depósito público habilitado solo puede almacenar mercancías bajo control aduanero y recibirlas en los términos del artículo 113 del Decreto 2685 de 1999.

— Conforme a la cláusula segunda Equipos actúa como depositante frente a Grupo de una mercancía de la cual es propietario o que es propiedad de sus clientes, por tanto no reúne las calidades requeridas por el artículo 113 del Decreto 2685 de 1999 para la entrega de la misma. En el caso de mercancías de clientes el contrato impide que Grupo tenga relación jurídica y comercial con ellos; en consecuencia Equipos desplaza o sustituye a Grupo como depósito público.

— Se deduce entonces la imposibilidad para cumplir el contrato porque los depósitos públicos habilitados solo pueden almacenar mercancías bajo control aduanero, pero como en el caso presente quien entrega la mercancía carece de la calidad necesaria para ello, no puede hacerlo aun cuando se trate de mercancía bajo control aduanero.

— El depósito público habilitado tampoco puede almacenar mercancías nacionalizadas pues igualmente se violan con ello normas de orden público de imperativa observancia. En consecuencia el contrato de almacenamiento no puede ejecutarse respecto de mercancías no nacionalizadas ni tampoco nacionalizadas. En tal virtud el incumplimiento de Grupo no puede acarrear la devolución o restitución de lo pagado por Equipos por cuanto este ha explotado económicamente el objeto del contrato ni condenarla al pago de los perjuicios que por la terminación

anticipada se llegue a dar como consecuencia del fallo favorable a las pretensiones de Grupo.

### **3.2.4. Falta de legitimación sustancial para solicitar el incumplimiento y por ende la condena al pago de perjuicios que implora Equipos en la demanda de reconvención.**

- La terminación de los contratos de trato sucesivo sea cual fuere su causa “impide que se retrotraiga las prestaciones que se hubieren ocasionado durante su ejecución”; en consecuencia no es viable resolver un contrato de tal naturaleza y exigir al deudor restituir o devolver lo causado.
- Por tal razón no son de recibo las pretensiones de condena que formula Equipos en la demanda de reconvención pues por tratarse de un contrato que adolece de objeto y causa ilícitos a sabiendas de Equipos, no le asiste ningún derecho para repetir lo pagado por la utilización de la bodega, ello conforme lo prevé el artículo 1525 del Código Civil según el cual “no hay lugar a prestaciones o restituciones mutuas en un contrato que adolece de objeto ilícito”.
- El contrato se encuentra viciado de nulidad absoluta según lo señalan los artículos 899 del Código de Comercio, 1741 y 1746 del Código Civil aplicables por remisión que hace el artículo 822 del Código de Comercio.

### **3.2.5. Indebida acumulación de pretensiones formuladas en la demanda de reconvención.**

- No pueden acumularse las pretensiones de incumplimiento del contrato de almacenamiento con la de condena a restituir por parte de Grupo los dineros recibidos por el servicio de almacenamiento, pues por tratarse de un contrato de trato sucesivo, la declaración de su incumplimiento no tiene consecuencias retroactivas sino solo hacia el futuro y procede forzosamente declarar su terminación.
- Afirma igualmente que al demandar el incumplimiento de un contrato de trato sucesivo no puede solicitarse su cumplimiento por parte del contratante incumplido y lo procedente es que termine en el momento de la declaratoria de incumplimiento.
- La indebida acumulación de pretensiones que a su vez resultan excluyentes e inconexas, impide al tribunal pronunciarse de fondo sobre su prosperidad, es decir, debe proferir fallo inhibitorio dado que no se cumple el presupuesto procesal de demanda en forma y en su lugar debe fallar sobre la demanda inicial.

### **3.2.6. Excepción genérica.**

- La que el tribunal encuentre probada con los hechos nuevos que constituyen una excepción de mérito de carácter “impeditiva”, extintiva o dilatoria y que pueda declarar de oficio, en los términos previstos en el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

## **4. Calificación de las partes en litigio.**

El tribunal, convocado para decidir el litigio de que dan cuenta las pretensiones de las partes convocante y convocada en la demanda y en la demanda de reconvención, atrás resumidas, considera necesario puntualizar la calificación subjetiva de las partes en litigio, dada la trascendencia que ello tiene en el laudo.

### **4.1. Grupo Portuario S.A.**

#### **4.1.1. Objeto social.**

Grupo es una sociedad comercial de nacionalidad colombiana, con domicilio principal en Bogotá, constituida el 15 de febrero de 1996 mediante escritura pública 545 de la Notaría 42 de Bogotá, con el nombre de Consorcio Interamerican Coal Colombia Inatlantic S.A. Su objeto social es “la prestación de servicios portuarios de todo orden en cualquier puerto del país o del extranjero, sea marítimo o fluvial, entre ellos la administración de muelles, puertos privados, el manejo de concesiones, las tareas de comercio exterior, el cargue y descargue de buques, la estiba y la desestiba de buques y de vehículos de cualquier tipo, el practicaje, el transporte, el almacenamiento de bodegas o en cualquier otro medio, el manejo terrestre o portuario de la carga, el remolque, la reparación de naves y equipo o maquinaria de naves marítimas, la asesoría en asuntos afines con su objeto, el diseño y la construcción

de obras y facilidades portuarias, la realización de todo tipo de actividades portuarias y, en general, el desarrollo de todas y cada una de las gestiones propias a la materia. En desarrollo de su objeto la sociedad podrá actuar en nombre propio y/o ajeno, representar y/o agenciar firmas nacionales y/o extranjeras, celebrar contratos de concesión, ejecutar obras civiles, comprar y/o vender bienes inmuebles en las zonas afectas a la operación importar y/o exportar bienes relacionados con su objeto social, invertir en compañías con objeto social similar, y/o diferente sean que persigan lucro o no y, en resumen, convenientes para el desarrollo de su objeto social principal como también todo acto o contrato, sea o no de comercio, que tenga relación directa con ese mismo objeto social. En cuanto se relacionen directamente con los negocios que forman parte del objeto social de la compañía podrán cumplir con lo siguiente: a) adquirir, enajenar, gravar, administrar, recibir y/o dar en arrendamiento y/o a cualquiera otro título toda clase de bienes sean muebles o inmueble; b) Invertir, ante terceros y/o ante los mismos accionistas, como acreedora y/o como deudora en toda clase de operaciones de crédito dando o recibiendo las garantías del caso cuando haya lugar a ellas; c) Celebrar con establecimientos de crédito y/o con compañías aseguradoras toda clase de operaciones propias del objeto de tales establecimientos y compañías; ch) Girar, aceptar, endosar, asegurar cobrar y negociar en general títulos valores y/o cualesquiera otra clase de créditos; f) —sic— Formar de otras sociedades que se propongan actividades semejantes, complementarias y/o accesorias de la empresa social o que sean de conveniencia general para los asociados, y/o absorber tales empresas; e) Celebrar contratos de cuentas en participación, sea como participe activa o participe inactiva; f) Transformarse en otro tipo de sociedades y/o fusionarse con otra y/o otras sociedades; g) Transigir, dimitir y apelar decisiones de árbitros y/o de amigables componedores en las cuestiones en las que tenga interés frente a terceros, a los asociados mismos o a sus administradores y trabajadores; h) Celebrar y ejecutar todos los actos contratos preparatorios, complementarios y/o accesorios de todos los anteriores y los que se relacionen con la existencia y/o funcionamiento de la sociedad y los demás que sean conducentes al buen logro de los fines de los fines (sic) sociales. La sociedad estará en capacidad de avalar o respaldar obligaciones de terceros, ya sea como fiadora, firmante de valor, codeudora, avalista, etc. sin limitación alguna”.

En ejercicio de su objeto social, Grupo celebró el 6 de agosto de 1997 con el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional el contrato de arrendamiento 050 mediante el cual recibió, “para su administración y operación comercial con carácter de exclusividad, el uso y goce de los terrenos e instalaciones que conforman el muelle 13 del terminal marítimo de Buenaventura”, según dispone el mencionado contrato, que obra a folio 276 y siguientes del cuaderno de pruebas 1 el contrato tiene un término de duración de 15 años y está vigente.

El contrato en referencia autoriza a la Sociedad Grupo Portuario S.A. a ejecutar sobre el muelle 13 del terminal marítimo de Buenaventura “las actividades lícitas propias de su objeto social y prestar toda clase de servicios portuarios, entre ellos, muellaje, cargue, descargue y manejo de mercancías de importación, exportación o de cabotaje, estiba, desestiba, almacenamiento, practicaje, remolque, manejo terrestre o porte de la carga y demás labores lícitas relacionadas con la actividad portuaria” (par. primero, cláusula primera del contrato 050/97).

El contrato celebrado entre el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional y Grupo es *intuitu personae*. En efecto, la cláusula décima primera dispone: “Cesión del contrato. El Grupo no podrá transferir ni la totalidad ni parte de sus derechos y/u obligaciones contempladas en el presente contrato, si no cuenta con la previa autorización escrita del fondo rotatorio en la que se acepte expresamente al cesionario. Cualquier cesión que se efectúe sin la autorización anterior carecerá de efectos”.

En la cláusula sexta del contrato se dispuso, a su vez, que las nuevas construcciones y mejoras que se efectúen a las instalaciones existentes, “previstas dentro del plan de desarrollo e inversiones presentado con la propuesta, serán de cargo exclusivo de Grupo y a la terminación del contrato quedarán a favor del fondo rotatorio sin costo ni indemnización alguna”.

#### **4.1.2. El contrato con el fondo del pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación.**

El 6 de diciembre de 1994 se celebró un contrato de arrendamiento entre el fondo de pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia, en liquidación Foncolpuertos y las sociedades Inatlantic Compañía Limitada e Interamerican Coal Colombia S.A., mediante el cual se entregó a los arrendatarios un globo de terreno identificado en la cláusula primera del referido contrato con apoyo en el plano topográfico del terminal marítimo de Buenaventura, con un

área aproximada de 18.912.68 M<sup>2</sup> exclusiva para el arrendatario “a fin de que este cumpla con el objeto del presente contrato referente al almacenaje de todo tipo de bienes de importación o exportación, que efectúe el consorcio en nombre propio o de terceros”, según expresa la referida cláusula. El término de duración del contrato es de 16 años contados a partir del 1º de enero de 1995. En la cláusula séptima se estipuló que las obras civiles que realicen los arrendatarios en el terreno objeto del contrato de arrendamiento serán de su cuenta “y con sus propios recursos”; obras y mejoras que a la terminación del contrato “pasarán a ser propiedad del fondo de pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación”.

El 25 de noviembre de 1996 los arrendatarios Interamerican Coal Colombia S.A. e Inatlantic S.A. cedieron el contrato 0069/94 celebrado con Foncolpuertos a la sociedad denominada Grupo Portuario S.A., constituida por escritura pública 0545 otorgada el 15 de febrero de 1996 en la Notaría 42 de Bogotá, con las formalidades legales, según documento de cesión que obra a folios 372 y 373 del cuaderno pruebas 1.

#### **4.1.3. La edificación de la Bodega Millenium.**

El revisor fiscal de Grupo hizo constar el 12 de abril de 2004 que “en diciembre 31 de 2002 la compañía registró una adición de activos fijos por valor de \$ 1.023.031.061 (mil veintitrés millones treinta y un mil sesenta y un pesos), por concepto de construcción y edificación de la Bodega Millenium ubicada sobre el lote A1 mencionado en el contrato de arrendamiento 0069 citado en el párrafo anterior”.

En el dictamen pericial rendido por el contador público señor Jesús Alonso Pineda Torres el 13 de agosto de 2004, se informa que Grupo Portuario S.A. inició en febrero 22 de 2002 la contabilización de las obras adelantadas para la construcción de la Bodega Millenium. Informa el perito contable que “en diciembre 31 de 2002, se registro una reclasificación de cuentas, dentro del mismo grupo de propiedades, planta y equipo. En esta reclasificación se traslado el saldo, por valor de \$ 1.023.031.061, de la cuenta construcciones en curso a la cuenta construcciones y edificaciones — edificios...” (fl. 367 cdno. pbas. 4) de esta manera, la contabilidad de Grupo Portuario registró en el ejercicio de 2002 la construcción de la Bodega Millenium y sus costos, que se incrementaron en el año 2003 por concepto de adiciones y mejoras.

La construcción de la bodega fue declarada por Grupo como mejora mediante escritura pública 1956 de 25 de septiembre de 2001, otorgada en la Notaría 41 del Círculo de Bogotá. La existencia física de la Bodega Millenium quedó plenamente acreditada en la inspección judicial realizada por el tribunal el 26 de julio de 2004 al terminal marítimo de Buenaventura y a las instalaciones de la sociedad convocante allí existentes. Las especificaciones técnicas de la bodega han quedado plenamente acreditadas en el dictamen pericial rendido por el señor ingeniero Jorge Torres Lozano el 4 de agosto de 2004 y su aclaración rendida el 7 de septiembre.

Los terrenos recibidos en ejecución de los contratos de arrendamiento reseñados configuran, junto con el contrato existente sobre el lote denominado “vacío” una unidad geográfica y funcional que hizo posible a Grupo constituir el muelle 13 del terminal marítimo de Buenaventura en depósito público habilitado de aduanas, según Resolución 7020 de 9 de agosto de 2001 proferida por el director de aduanas de la Unidad Administrativa Especial de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales DIAN, aportada como prueba por la parte convocante y que consta a folio 84 del cuaderno pruebas 1.

Grupo es, pues, una Sociedad Portuaria titular de un depósito público habilitado de aduanas en el terminal marítimo de Buenaventura.

#### **4.2. Equipos Portuarios S.A.**

##### **4.2.1. Objeto social.**

Equipos es una sociedad comercial con domicilio principal en Buenaventura, constituida mediante escritura pública 304 de 16 de febrero de 1999 de la Notaría 41 de Bogotá y registrada como operador portuario y tiene como objeto social: “las actividades de operación portuaria, tales como cargue y descargue de naves, almacenamiento practicaje, remolque, estiba y desestiba, manejo terrestre o porteo de la carga, operación ya alquiler de equipos flotantes y de manejo de carga, inspección de naves y de carga, avalúo de averías de naves y de carga, vaciado y llenado de contenedores, operación de básculas, supervisión de operaciones, tarja,

aprovisionamiento de naves, clasificación, reconocimiento, y demás servicios y actividades, relacionadas con la operación portuaria en los terminales marítimos. En desarrollo de su objeto social, la sociedad podrá tomar o dar dinero en mutuo; adquirir los bienes muebles e inmuebles que requiera, bien sea en el país o por importación de los primeros; enajenar, gravar hipotecar sus bienes muebles o inmuebles; celebrar o ejecutar toda clase de contratos, de actos civiles, comerciales, industriales o financieros que sean necesarios o convenientes al logro de fines propios tal como quedan descritos anteriormente; fundar o tomar interés como socio o accionista de otras sociedades que tengan fines similares o complementarios, hacer aportes en dinero, en especie o en servicios a dichas empresas, fusionarse con ellas o absorberlas; y en general, celebrar o ejecutar sea en su propio nombre o por cuenta de terceros, en participación con estos, todos los actos, contratos y operaciones directamente relacionados con su objeto social y para propiciar su cabal desarrollo”.

#### **4.3. Contrato de almacenamiento celebrado entre Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A. el 26 de marzo de 2003.**

Bajo esa denominación dada por las partes se celebró el contrato que ha dado origen al litigio objeto de este arbitraje. La mención que hace el tribunal a la denominación atribuida por las partes al contrato, no constituye de su parte un acto de calificación jurídica del contrato. A ello procederá el tribunal más adelante.

##### **4.3.1. Resumen del contrato.**

En el contrato suscrito el 26 de marzo de 2003, convocante y convocada estipularon en la cláusula primera denominada “Objeto”, que Grupo Portuario S.A., quien para los efectos del contrato se seguiría denominando “El Depósito”, prestará a Equipos Portuarios S.A., “Equipos” “el servicio de depósito (almacenamiento) de mercancías en un área fija exclusiva de su depósito público de aduanas”, contra el pago de una suma de dinero fija “sin importar el grado de ocupación de la misma”. Todo ello está reiterado en la cláusula cuarta, en la cual “El Depósito” se obliga a tener a disposición de “Equipos”, durante toda la vigencia del contrato, la Bodega N° 3 Millenium libre de almacenamiento, destinada con exclusividad a “Equipos”. Se anuncia en esta cláusula la incorporación como parte integral del contrato de un plano del muelle 13 del terminal marítimo de Buenaventura en el que se indica la ubicación de la Bodega Millenium, así como las instalaciones generales de “El Depósito”, el cual se obliga a tener la mercancía de los clientes de “Equipos” “en el área exclusiva” de la Bodega Millenium. “El Depósito” proporcionará áreas adicionales de almacenamiento cuando la bodega 3 estuviere totalmente ocupada o no fuere utilizable por fuerza mayor, caso este último en que “El Depósito está obligado a depositar la mercancía de los clientes de “El Depósito” (sic) en áreas cubiertas de similares condiciones incluyendo la habilitación como depósito público de aduana”. En esta cláusula se prohíbe a “El Depósito” utilizar la Bodega Millenium para almacenar “mercancías que no sean depositadas por Equipos” ni destinarla a actividades diferentes a las previstas en el contrato. En la cláusula sexta del contrato se determinó la contraprestación a cargo de Equipos: US\$ 3.0 dólares de los Estados Unidos por metro cuadrado de bodega, en total \$ 8.180 dólares mensuales, habida cuenta que la Bodega Millenium tiene un área de 2.720 M<sup>2</sup> según se precisa en el numeral 3º de los “Antecedentes” del contrato.

En cuanto a la mercancía objeto de almacenamiento, en la cláusula segunda del contrato se estipula que podrá recaer sobre “bienes propios” de Equipos “o sobre mercancía de propiedad de clientes de Equipos”. En uno y otro caso, “Equipos oficiará como único depositante de la mercancía frente a El Depósito”. En la misma cláusula se precisa que respecto de la mercancía de los clientes de “Equipos”, “El Depósito”, esto es Grupo, funcionará como un “depositario subcontratado”, lo cual implica, según dicha cláusula, la formación de un “doble vínculo jurídico y contractual; por una parte entre El Depósito y Equipos; por otra parte entre Equipos y sus clientes”. Allí mismo se estipula que “El Depósito” responderá a Equipos por la mercancía almacenada, así pertenezca a clientes de “Equipos”, quien, a su vez, responderá ante sus clientes. La cláusula segunda reitera que cuando en el contrato se hable de mercancía de clientes de Equipos, “se entenderá que Equipos es su depositante frente a El Depósito”.

Dada su concisión y su importancia, se transcribe la cláusula tercera del contrato:

“Tercera. Determinación de las mercancías de clientes de Equipos. Para los efectos de este contrato, el depósito considerará como mercancía depositada por Equipos:

- a) La carga nacional, carga de cabotaje, y carga de importación o exportación que, según informe Equipo pertenezca a Equipo o a clientes de este.
- b) Las mercancías cuyo descargue en Buenaventura sea encomendado a Equipo, incluso cuando el documento de transporte esté consignado únicamente al importador o no señale específicamente el depósito habilitado de aduanas del depósito.
- c) En general, toda otra mercancía que ingrese al depósito y que pertenezca a Equipo o a clientes de este.

Para todos los efectos de este contrato, el depósito deberá registrar a Equipo como depositante de estas mercancías tan pronto sea informado por Equipo que la mercancía pertenece a clientes de este, o tan pronto se entere de lo anterior por cualquier medio”.

En la cláusula quinta del contrato las partes estipularon que corresponde a “El Depósito” mantener la bodega 3 en adecuadas condiciones para cumplir los fines del contrato. “El Depósito” puede realizar adecuaciones y mejoras, previa autorización de “Equipo”. “El Depósito” no podrá efectuar obras, reparaciones o adecuaciones que impidan a Equipo la plena ocupación del área, salvo que las obras sean imprescindibles, por fuerza mayor, debiendo coordinarlas con “Equipo”.

En el parágrafo de la cláusula sexta, “Equipo” asumió el pago de los servicios públicos de acueducto y alcantarillado, teléfono y energía eléctrica, correspondientes a la bodega 3 “que se le asigna exclusivamente”.

En la cláusula octava se estipularon las obligaciones principales a cargo de “El Depósito”, Grupo, dentro de las cuales cabe destacar:

- Recibir las mercancías que deban ser depositadas a nombre de Equipo.
- Ubicar las mercancías en la bodega 3.
- Custodiar las mercancías desde su ingreso hasta su retiro.
- Mantener la habilitación como depósito público de aduana durante la vigencia del contrato y renovar la habilitación, la garantía exigida por las normas legales y obtener su aprobación por la DIAN.
- No cometer infracciones sancionables con suspensión o cancelación de la habilitación.
- Permitir a Equipo el ingreso y permanencia de su personal y equipos para realizar las labores de cargue y descargue, etc.
- Restringir el ingreso a la bodega 3 de personas y equipos ajenos a Equipo.
- Permitir a Equipo el uso de básculas y cualquier otro equipo disponible en “El Depósito” necesario para la adecuada ejecución del contrato.
- Mantener vigilancia permanente sobre el depósito y sobre la bodega 3.
- Informar a Equipo la elaboración de un acta de inconsistencias respecto de mercancía objeto del contrato.
- Llevar un sistema propio de control de existencias.

En la cláusula novena se estipuló que “El Depósito” acepta expresamente que la mercancía depositada en virtud del contrato es de “Equipo” o de clientes de “Equipo”, razón por la cual no será considerada como parte de los activos de “El Depósito”, con las consecuencias que de ello se derivan.

En la cláusula décima se estipularon las obligaciones a cargo de “Equipo”, entre las cuales cabe mencionar, además del pago de la remuneración pactada, el cumplimiento por parte de “Equipo” y de sus empleados de las normas de seguridad implantadas por “El Depósito”, y la realización de algunas actividades técnicas como controles de humedad, fumigaciones, etc.

En la cláusula décima primera se estipularon algunas prohibiciones a cargo de “El Depósito”, de la cuales se destacan: enviar la carga de los clientes de “Equipos” a otros depósitos; almacenar la carga en áreas distintas a las reservadas; ofrecer directamente a los clientes de “Equipos” el servicio de almacenamiento; cobrar directamente a los clientes de “Equipos” el servicio de almacenamiento o imponer a la mercancía de “Equipos” o de sus clientes condiciones más gravosas que las impuestas a sus clientes. En el parágrafo de la cláusula se consignan instrucciones operativas para la disposición de la mercancía.

En la cláusula décima segunda se prohíbe expresamente a “El Depósito” retener mercancías depositadas y en la décima cuarta se le prohíbe tener relación directa con los clientes de “Equipos”, “por lo cual todas las comunicaciones necesarias tendrán que canalizarse forzosamente a través de Equipos”.

“El Depósito” asume en la cláusula décima tercera la obligación de asegurar las mercancías depositadas contra los riesgos que allí se indican.

“El Depósito” contabilizará las mercancías por el valor comercial que declare “Equipos”, según se indica en la cláusula décima sexta.

En la cláusula décima séptima se estipula que la responsabilidad de “El Depósito” se extiende hasta la culpa leve en la custodia de la mercancía almacenada, salvo fuerza mayor, vicios inherentes a la mercancía o intervención del personal de “Equipos”.

La cláusula décima novena establece en cinco años la duración del contrato, contados a partir del 26 de marzo del 2003 y no podía ser terminado unilateralmente en forma anticipada.

En la cláusula vigésima cuarta las partes excluyeron la cesión del contrato, salvo autorización expresa.

En la cláusula vigésima quinta las partes estipularon una cláusula penal de US\$ 146.880 dólares por incumplimiento del contrato, cumplimiento defectuoso o retardado, a título de tasación anticipada de perjuicios, pero la parte cumplida puede demandar perjuicios adicionales si exceden el monto de la cláusula penal.

En la cláusula vigésima séptima, las partes estipularon la cláusula de arbitraje, que ha dado lugar a la intervención del tribunal.

#### **4.4. Pretensiones principales de la parte convocante y del demandante en reconvención en relación con el contrato que suscribieron el 26 de marzo de 2003.**

La pretensión principal de la parte convocante consiste en que el tribunal declare la nulidad absoluta del contrato de almacenamiento en la Bodega Millenium suscrito el 26 de marzo de 2003 entre Grupo y Equipos por violar normas legales imperativas que regulan los depósitos públicos y privados habilitados para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero y, consecuentemente, que Equipos restituya y entregue materialmente la Bodega Millenium desocupada, a la convocante, entrega que de no hacerse voluntariamente debe realizarse comisionando a la autoridad competente.

Por su parte el demandante en reconvención solicita que el tribunal declare que Grupo ha incumplido las obligaciones surgidas a su cargo del contrato de almacenamiento celebrado con Equipos el 26 de marzo de 2003 “al no permitirse que ingresaran al depósito público habilitado mercancías sin nacionalizar o bajo control aduanero con destino a ser depositadas por Equipos Portuarios S.A.”. El reconviniente pretende se condene a Grupo a restituir todos los dineros recibidos por concepto del contrato en referencia hasta la fecha en que se produzca el laudo “como consecuencia del incumplimiento imputable a culpa de Grupo Portuario S.A. de sus obligaciones contractuales”, quien debe ser condenado, además, a indemnizar a Equipos los demás perjuicios causados por dicho incumplimiento, según se demuestre. Finalmente, el demandante en reconvención solicita que Grupo sea condenado a cumplir “hacia el futuro” el contrato de almacenamiento objeto de litigio, condena que debe incluir agencias en derecho y costas del proceso.

#### **5. Alegatos de conclusión.**

Conocidas las opuestas pretensiones de la parte convocante y de la parte convocada en la demanda de reconvenCIÓN, es pertinente resumir sus alegatos de conclusión.

### **5.1. Alegato de conclusión del señor apoderado de la parte convocante.**

El señor apoderado de la parte convocante sustenta las pretensiones principales de la demanda en la siguiente forma:

La pretensión principal de la parte convocante —nulidad absoluta del contrato de 26 de marzo de 2003 por objeto y causa ilícita— se apoya en que dicho contrato “transgrede” en su celebración y ejecución normas de carácter imperativo o de orden público que hacen parte de la legislación aduanera, en lo cual está comprometido el interés general del Estado, en particular las referidas a la calificación y desempeño de una persona como depósito público habilitado.

Es privilegio conferido por el Estado a una persona jurídica, de conformidad con el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000, la facultad de ejercer actos propios de un depósito público habilitado. La DIAN es la autoridad competente para homologar recintos destinados al almacenamiento de mercancías no nacionalizadas o bajo control aduanero. Esta homologación requiere que su titular haya reunido condiciones preestablecidas por la ley, que la DIAN verifica estrictamente. Esas condiciones se refieren a capital mínimo, patrimonio, seguridad y áreas mínimas. Grupo recibió de la DIAN la homologación de sus depósitos mediante Resolución 7020 de 9 de agosto de 2001, porque satisfizo los requerimientos legales.

La ley determina, además, el campo de acción de los depósitos públicos habilitados, sus deberes, facultades y límites sin que pueda desbordarlos, ni sobrepasarlos o desconocerlos ni utilizarlos en fraude a la ley. Si lo hace, incurre en conductas sancionables o que afectan “la legalidad y la validez de sus actos o hechos jurídicos”.

Le está prohibido a un depósito público habilitado disponer, total o parcialmente, frente a terceros del privilegio en que consiste la habilitación de los derechos que confiere, salvo que el propio Estado, a través de la autoridad competente que es la DIAN, lo autorice, todo de conformidad con la ley por cuanto la actividad de los depósitos públicos es reglada.

Recuerda el memorialista que de conformidad con los artículos 1º y 47 del Decreto 2685 de 1999, los depósitos públicos de Aduanas son lugares habilitados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero. Un depósito público habilitado es, para los efectos del régimen aduanero, el lugar del territorio nacional habilitado para realizar las operaciones materiales de recepción, almacenamiento y movilización de mercancías, único lugar donde puede permanecer la mercancía bajo control aduanero. La titularidad, tenencia y administración del depósito la debe ejercer con exclusividad el titular de la habilitación, para el caso Grupo.

Dada su especial naturaleza y el servicio público que prestan, el Estado controla y supervisa los depósitos públicos habilitados a través de distintas agencias como la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales y la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Así mismo, todo cambio en la titularidad de la habilitación, tenencia o administración del depósito público por cesión, subrogación, arriendo o cualquier otro mecanismo jurídico “válido” para transferir o transmitir derechos sobre él “exige y requiere previamente la autorización expresa por parte del Estado a través de la entidad competente, esto es, la DIAN”.

El abogado de la sociedad convocante resume esta parte de su alegato así:

“la parte medular en que se funda y sostiene la pretensión de declaración de nulidad absoluta por infringir el contrato normas de carácter imperativo, descansa o se fundamenta en dos partes a saber:

(i) En que se carece de la autorización previa y expresa por parte de la DIAN, a través de resolución motivada sobre la autorización para que Equipos ejerza, como titular o cesionario a cualquier título de la tenencia del depósito público habilitado en la bodega, según lo dispuesto en las normas recogidas en el Decreto 2685 de 1999 y

en la Resolución 4240 de 2000, referidas todas ellas al régimen o legislación aduanera y,

(ii) En que por virtud del contrato se distorsionaron las normas de carácter imperativo que se ocupan de resguardar, proteger y vigilar la actividad aduanera, particularmente referida al manejo de las mercancías bajo control aduanero que se almacenan en un depósito público habilitado, las cuales no admiten disposición de las partes”.

En desarrollo de las premisas sentadas el señor apoderado afirma que el contrato de almacenamiento que ha dado origen a la litis “viola la legislación aduanera en la medida que la tenencia y la administración de la bodega es ejercida por Equipos” y cita como prueba de su afirmación el testimonio del señor Alberto Díaz, recibido en la inspección judicial practicada en la Bodega Millenium el 26 de julio, según el cual el manejo interno de la bodega lo hace Equipos, quien, además, factura directamente a sus clientes el servicio de almacenamiento, abrogándose de esta forma frente a terceros una calidad que no ostenta. Concluye en este punto insistiendo en la nulidad absoluta del contrato “pues el contenido y el objeto del contrato no están en el comercio”.

Compara o contrapone luego el señor apoderado las cláusulas primera, segunda, tercera y cuarta del contrato en referencia con normas de la legislación aduanera. En concreto, sobre la cláusula segunda, afirma que “Equipos funge como depositario” sin poder hacerlo porque de conformidad con el artículo 113 del Decreto 2865 de 1999, las mercancías deberán ser entregadas al depósito habilitado señalado en los documentos de transporte, o el que determine el agente de carga internacional si no se indicó el lugar en el cual serán depositadas las mercancías. El levante y entrega de las mercancías también debe hacerse por el depósito público habilitado en los términos de la disposición legal citada, restricciones que encuentran su razón de ser en las condiciones que acreditó tener la persona jurídica titular de un depósito público habilitado al recibir la habilitación del mismo, que crea una situación intuitu personae, indelegable e intransferible y en la cual el titular no puede hacerse sustituir por un tercero, sin autorización previa otorgada por la DIAN mediante resolución motivada que no existe en el caso de autos.

El apoderado solicita tener en cuenta la entrega material que de la Bodega Millenium Grupo hizo a Equipos en ejecución del contrato, según “acta de entrega” de 26 de marzo de 2003, lo cual le impide a Grupo conservar la tenencia de la zona homologada por la Resolución 7020 del 9 de agosto de 2001, con violación de los artículos 72 y 73 del estatuto aduanero. En los puntos 66 y 67 de su alegato el señor apoderado manifiesta: “la recepción de la mercancía a los clientes, su entrada, salida, almacenaje, operaciones internas en la Bodega Millenium y su entrega al cliente, son actividades ejercidas y desarrolladas directamente por Equipos. Esto es, Equipos ejerce la tenencia de la Bodega Millenium y administra o dispone de las mercancías allí depositadas bajo su propio criterio.

Las actividades anteriores las cumple Equipos en la Bodega Millemiu, pues no de otra manera se podría entender la razón por la cual Grupo hizo entrega material de la Bodega “Millenium” a Equipos según se desprende del “acta de entrega” de fecha 26 de marzo de 2003. Si se tratare de un mero contrato de almacenamiento, estas actividades las desarrollaría Grupo para Equipos y no Equipos para sí o para sus clientes”.

En virtud de lo dispuesto en la cláusula segunda del contrato, Equipos actúa como depósito ante terceros, recibe mercancía bajo control aduanero que luego envía al depósito público habilitado, quien “funciona en este escenario como un subcontrato respecto de los clientes de Equipos”.

La exclusividad de la bodega que el contrato confiere a Equipos, limita los derechos de Grupo como titular del depósito y riñe con las disposiciones legales pertinentes sobre almacenamiento de mercancías. En este caso y en virtud del contrato Equipos ejerce la tenencia y administración de la bodega. El señor apoderado de la parte convocante cita en apoyo de su afirmación el testimonio del señor Pedro Arenas recibido en la inspección judicial practicada por el tribunal al depósito público habilitado y a la Bodega Millenium el 26 de julio, quien manifestó que Grupo en la parte de almacenamiento de Equipos no interviene: “ellos manejan su operación independientemente de la nuestra”, testimonio que armoniza con el de la señora Liliana Cabezas, recibido en la misma oportunidad, quien afirma que en su condición de empleada de Grupo como auxiliar de bodega tiene que pedir permiso a Equipos para ingresar a cumplir su trabajo en la Bodega Millenium. Los testimonios anteriores concuerdan con el del señor Juan Carlos Guerrero, funcionario de Equipos, quien en la misma oportunidad testificó que es el personal de Equipos el que maneja la carga dentro de la Bodega Millenium.

De otra parte, la intermediación para el almacenamiento de mercancías destinadas a un depósito público habilitado “constituye una actividad ajena al régimen aduanero que comporta su violación”. Dicho régimen tampoco permite la triangulación prevista en la cláusula segunda del contrato.

El objeto y el espíritu del contrato cuestionado persuaden que: “Grupo pretendió desprenderse de un privilegio concedido por la ley que le había sido otorgado en forma exclusiva por la autoridad competente que no podría transferir sin la aprobación de dicha autoridad (DIAN)”.

A juicio del abogado, todo ello constituye una violación de normas imperativas orgánicamente establecidas en el Decreto 2685 de 1999 y en la Resolución 4240 de 2000 de la DIAN. Una interpretación sistemática de la ley indica que los contratantes, Grupo y Equipos, omitieron la autorización previa de dicha entidad del Estado “para ceder, intermediar o utilizar a cualquier título —en este caso almacenamiento— el servicio de depósito público habilitado”. Todo ello está sancionado con nulidad absoluta por el artículo 899 del Código de Comercio y 1740 del Código Civil en armonía con los artículos 1519 y 1521 del Código Civil, aplicables a contratos comerciales por remisión del artículo 822 del Código de Comercio.

Al rechazar las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN, particularmente en cuanto a la afirmación en ella contenida, según la cual Grupo ha incumplido el contrato de almacenamiento suscrito con Equipos, por cuanto aquel ha impedido a este el almacenamiento de mercancías no nacionalizadas o bajo control aduanero; el señor apoderado de la parte convocante manifiesta que Grupo no ha impedido dicho almacenamiento, mediante comunicación dirigida por Grupo a Equipos el 22 de agosto de 2003 a la cual se anexó el Oficio 035068-1197 de 12 de agosto de 2003 del administrador general de aduanas de Buenaventura, sino que se indicó que es el titular del depósito público habilitado —Bodega Millenium— quien puede prestar el servicio a los clientes directamente, esto es Grupo, y no un tercero, procedimiento que debe seguirse en el futuro, “en lo que supone que fuera Grupo quien prestara y facturara el servicio a los clientes directamente”. Según afirma el apoderado de la parte convocante, fue Equipos quien decidió “unilateralmente almacenar en la bodega únicamente mercancías nacionalizadas y en ninguna parte de las pruebas se encuentra evidenciada la instrucción u orden de Grupo de no almacenar mercancía bajo control aduanero”.

Y más adelante expresa: “Por lo anterior, Grupo no está obligado a lo imposible ni a lo ilegal de una parte, y tampoco puede ser responsable por las decisiones unilaterales que toma su contraparte en el contrato y en este trámite arbitral, Equipos, cuando ellas tienen por objeto no violar el régimen aduanero vigente en Colombia.

Dicho de otra manera, si Equipos hubiera cumplido con el procedimiento establecido en el oficio que tratamos arriba para el almacenamiento de mercancías no nacionalizadas o bajo control aduanero y Grupo se hubiera opuesto a recibirlas con destino a la Bodega Millenium, estaríamos en presencia de un incumplimiento contractual, circunstancia que no se dio en la realidad ni que aparece probada en ninguna parte del expediente”.

En cuanto a las pretensiones económicas, el abogado de la parte convocante considera probados perjuicios por daño emergente por valor de \$ 411.851.087 “que corresponde a la suma de los gastos de mantenimiento (\$ 158.904.571) para 2003 y (\$ 104.781.164) para 2004, y financieros (\$ 148.165.352) incurridos por Grupo desde el inicio del contrato hasta el 30 de junio de 2004, detallados en la respuesta f a la aclaración A de la parte convocada”, además del valor de la cláusula penal de US\$ 146.880 establecida en el contrato como tasación anticipada de perjuicios, y por lucro cesante \$ 441.849.394 por no haber tenido Grupo la explotación comercial de la bodega, suma que resulta de sumar los ingresos que ha dejado de percibir Grupo si hubiera tenido la tenencia y explotación económica de la Bodega Millenium desde el inicio del contrato hasta el 30 de junio de 2004, lo cual asciende a la suma de (\$ 676.011.967), más los intereses moratorios causados sobre estos ingresos, suma que asciende a (\$ 109.521.479), cifras estas que están de acuerdo con la respuesta C del dictamen inicial de la perito economista y la respuesta 1 de su complementación o aclaración. De la cifra resultante deben descontarse los ingresos netos que Grupo ha recibido de Equipos por concepto de arriendo de la Bodega Millenium, que ascienden a (\$ 343.684.052), desde el inicio del contrato hasta 30 de junio de 2004, de conformidad con la respuesta 1 de la aclaración del dictamen del perito contador. Los ingresos netos obtenidos por Grupo por el uso de las instalaciones a la carga de las mercancías trasladadas hasta la bodega “en desarrollo de lo establecido en la resolución de la capitanía del puerto, por (\$ 85.415.191) no deben tenerse presentes por cuanto Grupo también ha incurrido en un

gasto inclusive mayor por este mismo concepto pagado a la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura, como lo demostraron los interrogatorios de parte de Equipos y de Grupo, máxime cuando así aparece confesado por la representante legal de Equipos...”.

## **5.2. El alegato de conclusión del señor apoderado de la parte convocada.**

En su ordenado alegato de conclusión el apoderado de la parte convocada, luego de resumir las pretensiones y hechos de la demanda pasa a referirse a las excepciones o defensas presentadas contra ella. Al responder los hechos la excepción genérica presentada se concretó en la forma que a continuación se resume en cuanto tiene que ver con las pretensiones principales de la demanda.

- La Bodega Millenium no es propiedad de Grupo.
- La Bodega Millenium hace parte del Muelle 13 habilitado por la DIAN como Zona Primaria Aduanera sobre la cual Grupo ejerce total autoridad, mediante control de los sitios de acceso, manejados exclusivamente por su personal, y por tener la supervisión permanente de ella.
- Equipos no ha pretendido ejercer como titular de la habilitación sobre el muelle 13 y menos aún sobre la bodega, ni sustituir a Grupo en el ejercicio de sus funciones. A la luz del contrato impugnado Grupo conserva todas las potestades y responsabilidades que tiene como depósito público de aduanas, lo cual garantiza a la DIAN la seguridad y vigilancia de las mercancías y el pleno ejercicio del control aduanero (cláusula octava, literal n del contrato).
- La habilitación como depósito público no surge de un contrato suscrito con la DIAN, que pueda ser cedido. Dicha habilitación deviene de un acto administrativo, a términos del artículo 82 del Decreto 2685 de 1999, es decir, de una relación legal administrativa.

El señor apoderado de la convocada, respecto de los hechos que configuran la excepción genérica propuesta puntualizó:

“5. En este arbitramento no se está discutiendo ni se puede discutir la validez o invalidez de los contratos que celebre Equipos con sus clientes como tampoco su naturaleza, es decir, si se trata de acuerdos de depósito, de mandato o de comisión”.

“6. No hay norma alguna que prohíba que el servicio de almacenamiento pueda ser objeto de una intermediación, ni que someta esta última a autorización estatal, por lo que es de forzosa aplicación lo previsto por el artículo 333 de la Constitución Nacional, en concordancia con el artículo 1.172 del Código de Comercio y el artículo 2º del Decreto 2091 de 1992. Lo anterior, es lo que justifica que el mismo Grupo admite esta figura con otros operadores como OPP Granelera S.A.”.

“7. Aunque si bien se firmó un acta de entrega de la Bodega Millenium, ella solo tuvo por propósito establecer el momento a partir del cual se autorizaba al personal de Equipos la realización de las labores operativas propias de un operador portuario, tales como: arrume, empaque, reempaque, desempaque, movilización, fumigación, limpieza, etc., de productos (cláusula octava del contrato), en modo alguno que Grupo perdiera el control y/o la vigilancia sobre la mercancía que a ella debía dirigirse, como tampoco sobre aquella que permaneciera almacenada en la bodega”.

“8. En consecuencia, el contrato de almacenamiento celebrado entre Grupo y Equipos no desconoce ni viola norma aduanera alguna”.

— La DIAN no ha requerido a Grupo ni lo ha sancionado por el contrato de almacenamiento objeto de este debate. Al responder a la reforma de la demanda se predijo que Grupo “seguramente se allanaría al requerimiento de dicha autoridad” no obstante que se refería a otro contrato, con el fin de utilizar dicho hecho como un argumento dentro del arbitramento.

— El contrato de almacenamiento no ha podido ser ejecutado como fue pactado porque Grupo ha impedido el

ingreso de mercancías sujetas a control aduanero a la zona habilitada como depósito público y por ende a la Bodega Millenium.

— En la demanda se quiere presentar como interés propio de Grupo contar con la bodega para otros clientes, pero ese interés obedece al control que sobre Grupo ejerce su accionista mayoritario, sociedad OPP Granelera S.A., competidora de Equipos.

— “El verdadero móvil que ha generado el ataque de Grupo al contrato es aquel atado a su deseo de romper el vínculo con Equipos para poder generalo con OPP Granelera S.A. y con Graneles S.A., en los cuales tienen intereses mayoritarios los mismos accionistas de Grupo” (ordinal décimo del listado de excepciones).

Enseguida el señor apoderado de la parte convocada resume las cuatro pretensiones que contiene la demanda de reconvención: que se declare el incumplimiento por parte de Grupo del contrato de almacenamiento; se ordene a Grupo restituir a Equipos los dineros pagados por concepto del contrato hasta la fecha en que se produzca el laudo; que se le condene al pago de los prejuicios sufridos por Equipos por no haber podido almacenar la mercancía sujeta a control aduanero en el depósito público habilitado manejado por Grupo; que se ordene a Grupo cumplir hacia el futuro el contrato.

En cuanto a los hechos y la causa en que se apoya la demanda de reconvención, el señor apoderado hace la siguiente síntesis:

“1. Grupo controla la totalidad del área útil de almacenamiento en el muelle 13, en el cual se encuentra la Bodega Millenium, a través del manejo unificado y total del ingreso y egreso de mercancías con porterías específicas que cuentan con los mecanismos de medición necesarios para ello y vigilancia perimetral de la totalidad del área.

2. Equipos podía, en desarrollo del contrato, solicitar el servicio de almacenamiento de mercancías no nacionalizadas y nacionalizadas (cláusula tercera del contrato de almacenamiento).

3. En su condición de gestor único del control de acceso de mercancías al muelle 13 Grupo nunca ha permitido que Equipos pueda ingresar mercancía sujeta a control aduanero con destino a la Bodega Millenium, aduciendo una pretendida ilegalidad del contrato de almacenamiento.

4. Esta negativa constituye una violación evidente de las obligaciones que le corresponden a Grupo como depósito público habilitado.

5. Equipos, por el contrario, ha cumplido con las prestaciones a su cargo, dentro de ellas con el pago oportuno de la remuneración pactada por el servicio de almacenamiento”.

Luego de resumir las defensas que el abogado de la parte convocante presentó contra la demanda de reconvención, el señor apoderado de la parte convocada realiza un detenido análisis de las pruebas aportadas al proceso o practicadas dentro de él.

En cuanto tiene que ver con las pretensiones principales de la demanda, luego de su reforma y con las pretensiones de la demanda de reconvención, ese análisis puede resumirse así:

a) La Bodega Millenium, parte de un depósito público habilitado. La Bodega Millenium sobre la cual versa el contrato objeto de litigio, fue construida por Grupo Portuario S.A. en terrenos que detenta como arrendatario en virtud de contrato de arrendamiento suscrito con el fondo de pasivo social de la Empresa Puertos de Colombia en liquidación, Foncolpuertos, lo cual consta en la escritura pública 01956 de 25 de septiembre de 2001, otorgada en la Notaría Cuarenta y Uno de Bogotá. No puede decirse que sea un inmueble de Grupo al cual se apliquen las restricciones estatutarias que limitan las facultades del gerente en cuanto a celebración de contratos.

La Bodega Millenium hace parte de un área de mayor extensión denominada Muelle 13, constituida por Grupo en depósito público habilitado para el manejo de mercancías sujetas a control aduanero, según Resolución 7020 de 9 de agosto de 2000.

Entre Grupo y Equipos se celebró un contrato de almacenamiento en la Bodega Millenium como se afirma en el

hecho 7 de la demanda, el cual tiene por objeto la obligación contraída por Grupo a favor de Equipos consistente en la prestación del servicio de depósito (almacenamiento) de mercancías en un área fija exclusiva de su depósito habilitado en Buenaventura.

Entre las mismas partes, Grupo y Equipos, se celebró otro contrato, distinto del anterior, el 22 de diciembre de 2002, relativo al arrendamiento de oficinas, también construidas por Grupo dentro del área del depósito público habilitado. Este contrato se sometió a la asamblea de accionistas para decidir una diferencia de canon de arrendamiento surgida dentro de la junta directiva de Grupo.

El señor apoderado considera que este punto quedó esclarecido en las declaraciones de los señores Saverio Minervini y Tarquinio Corcioni, que transcribe y analiza en detalle, y que en su concepto coinciden con la declaración de Martha Chávez, gerente a la sazón de Grupo, quien explica por qué no llevó el contrato suscrito sobre la Bodega Millenium a la asamblea, bastando su aprobación por la junta. En el caso del arrendamiento, dada la diferencia surgida dentro de la misma junta en cuanto a canon, y teniendo en cuenta petición del doctor Álvaro Rodríguez Acosta, accionista de Grupo, en ese sentido, llevó a la asamblea el mencionado contrato de arrendamiento de oficinas.

Más adelante en su alegato el señor apoderado de la parte convocada se refiere a este contrato para indicar al tribunal cómo si bien es cierto que hubo un requerimiento de la DIAN a Grupo mediante auto 000140 de 12 de febrero de 2004, no se “soportó” en el contrato de almacenamiento objeto del litigio sino, precisamente, en el contrato de arrendamiento de oficinas de 22 de diciembre de 2002, “no obstante lo cual el representante legal de Grupo se allanó y solicitó aclaración de la parte motiva, tratando de obtener que la administración cambiara los eventuales cargos para acomodarlos al contrato de almacenamiento de 26 de marzo de 2003, que evidentemente no fue el que dio motivo al organismo de fiscalización aduanera”.

Enseguida el señor apoderado de la parte convocada analiza el interrogatorio del doctor Álvaro Rodríguez, representante legal de Grupo, y en lo que se refiere a este punto dice que el doctor Rodríguez “dio cuenta del error en que incurrió la administración corroborando lo que se deduce del acta de visita 019 y del requerimiento antes referido”.

b) Ejercicio del control de las mercancías que ingresan y salen del depósito y la Bodega Millenium. En este punto de su alegato el apoderado de la parte convocada sustenta su afirmación según la cual Grupo ha ejercido desde la celebración del contrato de almacenamiento en cuestión, “en las mismas condiciones en que siempre lo ha hecho el control de las mercancías que ingresan y salen del depósito, incluidas las que tienen como destino la bodega Millenium”, tanto en la inspección judicial realizada al muelle 13 de Buenaventura como en los testimonios que en ella se practicaron. En la inspección se evidenciaron los sistemas de control de acceso de mercancías, “todos bajo el cuidado de Grupo Portuario S.A.”. En cuanto a los testimonios, destaca el de Efraín Hinestroza, auxiliar de bascula de Grupo y de Pedro Manuel Arenas, gerente del muelle 13.

Concluye el señor apoderado de la parte convocada su alegato en este punto con la siguiente consideración: “fue tan evidente que el control absoluto sobre la mercancía ingresada a la Bodega Millenium ha estado siempre bajo el resorte de Grupo Portuario S.A., que su representante legal, doctor Álvaro Rodríguez Acosta, entregó en la inspección judicial practicada en sus oficinas, sobre sus libros y papeles de comercio una relación pormenorizada y detallada de todos los productos que han ingresado en los años 2002, 2003 y 2004 (inspección realizada a Grupo Portuario S.A., acta 10 del 12 de julio de 2004)”.

c) No ingreso de mercancía no nacionalizada a la Bodega Millenium, bajo el contrato de almacenamiento. Tan evidente es el control que Grupo ejerce sobre muelle y bodega que “no ha permitido, violando sus obligaciones legales y contractuales,... el ingreso de mercancía sujeta a control aduanero con destino a la Bodega Millenium...”. Y en apoyo de esta afirmación cita el doctor Gaitán el testimonio del señor Pedro Manuel Arenas, gerente del Muelle 13, que transcribe parcialmente, y la declaración de parte del doctor Álvaro Rodríguez en lo que respecta a las consultas hechas a la DIAN por Grupo sobre este aspecto.

d) Labor operativa realizada por Equipos Portuarios en la Bodega Millenium en ejecución del contrato cuya declaración de nulidad se solicita. La labor en referencia que Equipos realiza en la Bodega Millenium, en

ejecución del contrato: manipulación, estiba, desestiba, cargue y descargue, porteо, vaciado y llenado de contenedores, urbaneo y almacenamiento de carga, es la misma que realizan otros operadores portuarios como OPP Granelera en otras bodegas del mismo muelle 13.

En apoyo de su tesis, el señor apoderado transcribe un extenso aparte de la declaración del señor Pedro Manuel Arenas, gerente del muelle 13, sobre las labores de almacenamiento que realizan en otras bodegas de ese muelle las mencionadas sociedades OPP Granelera S.A. y Graneles S.A.; sobre ese testimonio el señor apoderado expresa: “en la inspección judicial realizada en Buenaventura, el mismo Pedro Arenas ratificó que la actividad dentro del depósito público habilitado de todos los operadores incluido Equipos Portuarios S.A., era exactamente igual, salvo en lo relativo al control que ejercía Grupo Portuario S.A. dentro de la bodega, en cuanto este no se hacía tratándose de la Bodega Millenium, afirmación esta última que fue desvirtuada por la auxiliar de bodega Liliana Cabezas, tal como se verificará enseguida, de tal manera que excluida esta infirmada diferencia quedan en la misma situación”.

Cita también en el mismo sentido la declaración del señor Alberto Díaz, vigilante vinculado a la compañía de vigilancia Seguridad Atlas S.A., contratada por Grupo.

e) Intermediación por un operador portuario de la manipulación y almacenamiento de carga. El señor apoderado de la parte convocada considera demostrado en el proceso que esa intermediación no la realiza solamente Equipos sino los demás operadores que tienen relaciones comerciales con Grupo, en concreto OPP Granelera y Graneles S.A. Al respecto dice: “está acreditado que al igual que acontece con mi patrocinada, son estas últimas sociedades las que facturan a sus clientes los costos de los servicios portuarios en el muelle 13, incluido el almacenamiento. También quedó acreditado que la relación comercial y jurídica con tales clientes (importadores) se radica en cabeza de OPP Granelera S.A. y Graneles S.A. Finalmente, se probó que Grupo Portuario S.A. factura a los operadores portuarios los respectivos servicios que ellos a su vez prestan a terceros, en situación igual a la que se da con Equipos. Para desvirtuar esta forma de operar propia de la gestión realizada por los operadores portuarios, no podría aceptarse el peregrino argumento de que al ser OPP Granelera S.A. y Graneles S.A., también titulares de un depósito público habilitado están en situación distinta a Equipos pues dicha habilitación se debe circunscribir territorialmente al área que cada uno de ellos maneja y no puede extenderse a la que esté bajo el control de otras entidades. Es así como en sus actividades en zonas habilitadas para otras personas, como Grupo o la Sociedad Portuaria, OPP Granelera y Graneles actúan como simples operadores, no como gestores de su propia habilitación”.

En apoyo de estas afirmaciones cita y transcribe en parte los testimonios de la señora Nohora Yáñez, jefe del departamento de mercancías de OPP Granelera y Graneles S.A., del doctor Fernando Garcés Lloreda, representante legal de esas mismas compañías, y del doctor Cesar Tilio Restrepo Saavedra, gerente de OPP Granelera S.A. y Graneles S.A., lo cual coincide con el testimonio del señor Pedro Arenas en cuanto a ese particular, que en lo pertinente transcribe.

Cita también la respuesta dada por el doctor Álvaro Rodríguez en su interrogatorio practicado en la inspección judicial realizada en las oficinas de Grupo en cuanto al cobro directo del servicio de almacenamiento prestado a OPP Granelera y a Graneles S.A. Trae también en apoyo de esta afirmación el resultado de la inspección judicial practicada a las oficinas de OPP Granelera S.A., atendida por la doctora María Clemencia Rojas y el dictamen del perito contador, en lo pertinente.

f) Grupo Portuario S.A. controla y maneja la información relativa a las mercancías depositadas. El señor apoderado considera que Grupo es el que controla y maneja dicha información, lo cual, afirma, se comprobó mediante verificación directa realizada durante la inspección judicial practicada en Buenaventura sobre los libros de Control General de Levante de Mercancía y Libro de Control de Mercancía y Sistema de Datos Sidunea que se llevan para la información de la DIAN. Corrobora lo anterior el testimonio del señor Marco Antonio Quirama, auxiliar de aduanas de Grupo, recibido en esa misma oportunidad y que transcribe en lo pertinente, así como con el testimonio del señor Pedro Arenas, gerente del muelle 13 en cuanto al ingreso al sistema de información de la DIAN (Sidunea), realizado solamente por Grupo.

El señor apoderado considera acreditado que Equipos no se ha anunciado como depósito público, ni asumido funciones de tal, ni recibido documentos de transporte consignados o endosados, aspecto este último que estima

confirmado por el dictamen del perito contador, que en lo pertinente transcribe.

g) Acta de entrega de la Bodega Millenium. Remata su argumentación el señor apoderado de la convocada diciendo que del contenido del acta de entrega de la Bodega Millenium “no puede inferirse nada distinto al señalamiento de la fecha a partir de la cual Equipos estaba autorizada para llevar a cabo sus labores operativas dentro del espacio cuya disponibilidad le fue otorgada. Lo anterior, en la medida en que de dicha diligencia no se derivó jamás la facultad para Equipos de explotar la bodega de manera libre y autónoma, por fuera del control y supervisión permanentes de Grupo, ni mucho menos que se le hubiere cedido la explotación del servicio de depósito público habilitado por la DIAN”.

h) Disponibilidad de área de un depósito público habilitado estipulada en favor de un operador portuario. Como consecuencia necesaria de los argumentos que se dejan resumidos, el señor apoderado de la parte convocada afirma que “los términos y condiciones dentro de los cuales se pacte el almacenamiento dentro de una zona habilitada como depósito público habilitado, en cuanto genere a favor del usuario (operador portuario) una disponibilidad medida en área y ubicada preferentemente en un sitio dentro del depósito, no tiene nada que ver con el tema aduanero y, en consecuencia, no puede afirmarse en modo alguno que lo viola. El tema aduanero está ligado exclusivamente a la delegación que se hace en cabeza de una persona que, como Grupo, lleva adelante el control y vigilancia sobre la mercancía que ingresa a la zona, con el fin de garantizar que se cumplan y paguen en relación con ella las cargas fiscales respectivas”.

El señor apoderado cita en apoyo de su tesis el concepto rendido por el jefe de la división de normativa y doctrina aduanera de la oficina jurídica de la DIAN, oficio 0800929 de 22 de diciembre de 2003, aportado con la contestación de la demanda en el cual, ante la hipótesis planteada el funcionario responde que “por ser de orden de derecho privado y no aduanero, este despacho no es competente para absolverla”.

El señor apoderado indica que este concepto corresponde a doctrina oficial de la DIAN, “como se deriva de lo establecido por el artículo 11 del Decreto 1265 de 1999”.

Por cuanto ese tipo de acuerdos está regulado por el derecho privado, siempre que no impliquen la delegación de funciones públicas, el representante legal de Grupo ofrece preferencia para la prestación de esos servicios, “incluido el almacenamiento, a determinados clientes, como aconteció con el caso de CIGSA”, del cual da cuenta la oferta comercial recogida en la inspección judicial practicada en las oficinas de Grupo. Reitera el señor apoderado que esos acuerdos no constituyen violación de la habilitación concedida en cuanto no comporten la transferencia de las facultades de control sobre la mercancía que ingresa o que sale de la zona habilitada, criterio con que deben entenderse los conceptos emitidos por la DIAN, aportados al proceso. Debe tenerse en cuenta para apreciar dichos conceptos la hipótesis de hecho planteada, que ha de coincidir con los hechos acreditados procesalmente, según los cuales, en ningún caso, “Equipos ha fungido en relación con la Bodega Millenium como un arrendatario, con plena facultad de usar y disfrutar de ella a su libre albedrío, pues, por el contrario, las pruebas permiten inferir, sin asomo de duda, que Equipos siempre quedó sujeto a la voluntad de Grupo para el ingreso y egreso de las mercancías que allí se almacenaron, en cuanto este último siempre ejerció las potestades propias de un verdadero depositario”.

La interpretación que Grupo ha hecho de la naturaleza del contrato celebrado con Equipos tiene que ver con que los ingresos que de él obtiene se pudieran contabilizar como no operativos con el fin de evitar el pago de la contribución del 9% al Fondo Rotatorio de la Armada según contrato 050/97. Esa la razón por la cual las facturas que Grupo presentó a Equipos indican como concepto de pago “canon de arrendamiento” y no “servicio de almacenamiento”. Por la misma razón, al descorrer las objeciones al dictamen por error grave, el apoderado de la parte convocante manifestó sobre dicha contabilización: “Este mayor costo no es asumido por Grupo Portuario por ser ingresos no operacionales, los que se asumirán si la Bodega se explota directamente por Grupo Portuario”.

Reitera el señor apoderado que quedó demostrado que Grupo no ha entregado a Equipos las prerrogativas propias de un depósito público habilitado “en cuyo ejercicio, precisamente, le ha impedido a Equipos el ingreso de mercancía sujeta a control aduanero...”.

A partir del punto 16 de su alegato se refiere el señor apoderado al estudio económico que precedió a la firma del

contrato cuestionado, estudio solicitado al doctor Mauricio Esteban Rico, asesor económico de Grupo, y a la conducta diligente que desplegó al respecto la doctora Martha Chávez como gerente de Grupo en ese entonces; transcribe largos apartes de su testimonio en que da cuenta de los objetivos y razones económicos que llevaron a la celebración del contrato, todo lo cual acredita, además, a juicio del señor apoderado, la buena fe con que actuó la doctora Chávez, sin que prueba alguna allegada al proceso o practicada dentro de él demuestre lo contrario: el cargo de mala fe hecho por la convocante no fue probado. “Tampoco se pudo demostrar una actitud de mala fe en Equipos Portuarios S.A., es decir, una intención de causar daño a Grupo, pues resultó claro que su oferta fue fruto de la experiencia de dicha compañía en este tipo de actividades y en un sondeo realizado en el mercado sobre las alternativas existentes, con apoyo en una autorización que al efecto le impartió la junta directiva de esa sociedad”.

Al respecto transcribe las declaraciones del doctor Carlos Eduardo Bermúdez, miembro de la junta directiva de Equipos por la época de la celebración del contrato y del señor Leonardo Ballesteros, gerente de Equipos.

Finalmente, concluye el señor apoderado, “se acreditó con las pruebas contables practicadas, que Equipos no obtuvo un lucro que exceda el admitido en estas operaciones comerciales, de tal manera que de allí se pudieren derivar un ánimo torticero de aprovecharse de su contraparte, y que, por el contrario, ha tenido pérdidas, en buena parte debidas a la inejecución del contrato por parte de Grupo Portuario S.A.”.

Además de referirse a la composición accionaria de las sociedades en litigio de que da cuenta el dictamen pericial del perito señor Jesús Alonso Pineda Torres, pone de presente el señor apoderado de la parte convocada la fuerte relación comercial que existe entre Grupo, OPP Granelera y Graneles S.A. Grupo da preferencia al almacenamiento solicitado por estas últimas. “El alcance de este vínculo fue cuantificado por el perito contador quien en su experticia señaló que sobre la base de los ingresos totales recibidos por Grupo en virtud de contratos de almacenamiento, el 43.61% fueron recibidos de OPP Granelera S.A. y el 11.81% de Graneles S.A., para un total del 55.42% (Página 12 del escrito de aclaraciones)”.

Y concluye, luego de transcribir parte de la declaración del señor Pedro Arenas, gerente del muelle 13 de Grupo Portuario: “Bajo estos presupuestos, no es necesario hacer un esfuerzo mayor para intuir cuáles son los verdaderos móviles que han generado el ataque al contrato celebrado con Equipos Portuarios y cuáles las expectativas que se han creado con OPP, frente a la posibilidad de que la disponibilidad comprometida con Equipos en virtud de dicho contrato, quede libre para ser ocupada de manera inmediata por dicha sociedad. La causa que ha movido este proceso se hace mucho más evidente si se tiene en cuenta la ruptura que se generó entre los socios, como consecuencia de la disparidad de criterios en torno al manejo de las sociedades, que han tenido hondo calado en la gestión de los administradores a partir de dicho momento”.

En cuanto a perjuicios, el señor apoderado de la parte convocada concluye diciendo que en el proceso se acreditó que Equipos, ha sufrido los siguientes, derivados de la inejecución de las obligaciones a cargo de Grupo:

“A. Los causados como consecuencia de haberse visto abocada (sic) a pagar por una disponibilidad de espacio que no ha podido aprovechar plenamente, en virtud de la negativa de Grupo a recibir mercancía sujeta a control aduanero, primero, y hoy también extendida a la mercancía nacionalizada.

B. Los derivados de los ingresos que dejó de obtener por no tener la plena disponibilidad de dicha capacidad de almacenamiento.

C. Finalmente, los causados en virtud del pago que tuvo que hacer en otros sitios para almacenar la mercancía cuyo ingreso no fue permitido al muelle 13. Estos alcanzan la suma de \$ 180.382.114 según lo expresado por la perito economista en su experticia inicial (página 6), cuyo concepto fue explicado por ella de la siguiente forma: “Estos costos serán determinados básicamente por los costos en los que incurrió la bodega “Alpopular” por ser un depósito público habilitado de aduanas donde pudieron almacenar las mercancías bajo control aduanero, donde se determinan los costos anuales desde la fecha de contratación de esta bodega en agosto 23 de 2003 hasta la terminación del contrato en marzo del año 2004 (información dada por Equipos Portuarios, contratante en la bodega “Al popular”). La cifra anterior se obtuvo de los datos registrados por centros de costos, de la contabilidad de Equipos Portuarios y se desglosaron todas las partidas de costos y gastos que corresponden a la bodega “Al popular””.

En las conclusiones de su alegato reitera el señor apoderado que no se demostró vicio alguno que afecte la validez ni la eficacia del contrato, por cuanto su única especialidad consiste en “el otorgamiento de una determinada disponibilidad contra el pago de una suma fija”.

Como no existe vicio que afecte la validez del contrato, este debe ser conservado y garantizado su cumplimiento de conformidad con lo previsto en los artículos 1.494, 1.602 y 1.620 del Código Civil. Con apoyo en este último artículo trae a colación el principio de conservación del contrato y transcribe al respecto apartes de la obra de Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta “Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos” y de Francisco Messineo “Doctrina General del Contrato”.

El principio de “conservación” del contrato descansa, según el señor apoderado, en uno más general, conocido como “autonomía de la voluntad”, acerca de cuya aplicación al caso de autos discurre el señor apoderado. “En síntesis dice, las prestaciones que surgieron para las partes del contrato de almacenamiento celebrado son lícitas y posibles, en la medida en que Grupo puede cumplir con su obligación de recibir mercancía en su depósito público habilitado, de conformidad con la disponibilidad pactada a favor de Equipos, tal y como parcialmente lo ha hecho hasta ahora, sin comprometer su responsabilidad y funciones derivadas de la homologación realizada por la aduana, al paso que Equipos puede seguir cumpliendo, como lo ha hecho plenamente hasta el momento, con la remuneración pactada por el servicio”.

Al finalizar su alegato el señor apoderado afirma “que no puede ponerse en duda que Grupo ha incumplido el contrato celebrado con Equipos y que dicho incumplimiento es imputable a su culpa”, razón por la cual “deben acogerse, entonces, las pretensiones planteadas en la demanda de reconvenCIÓN, en cuanto a la devolución de la remuneración pagada por Equipos por una disponibilidad que no pudo utilizar, por lo menos no totalmente, lo que debe significar el reintegro de los valores no causados, para lo cual deberá tenerse en cuenta que la bodega estuvo subutilizada y que Equipos se vio precisada a pagar almacenamiento en Alpopular. Por otro lado, la indemnización debe extenderse a los costos que para Equipos significó dicho incumplimiento y los ingresos que dejó de percibir de conformidad con el dictamen pericial”.

## **6. Examen de las pretensiones principales de la demanda y de las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN.**

El tribunal aboca el estudio en derecho de las pretensiones principales de la parte convocante encaminadas a obtener la nulidad del contrato de almacenamiento celebrado el 26 de marzo de 2003 por objeto ilícito, y luego se referirá a las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN, dirigidas, por el contrario, a obtener el cumplimiento del contrato en referencia más la indemnización de perjuicios derivados de su incumplimiento, de conformidad con los hechos demostrados mediante las pruebas aportadas y practicadas en este juicio.

A ello se procede en el siguiente orden:

### **6.1. Los depósitos públicos habilitados de aduanas.**

El actual régimen aduanero creó la figura de los depósitos públicos habilitados de aduanas, es decir, zonas primarias aduaneras (D. 2685/99, art. 1º) entendidas como lugares del territorio nacional habilitados por la DIAN para la realización de operaciones aduaneras sobre mercancías que entran o salen del país.

El depósito público habilitado de aduanas se instituyó, como su nombre lo indica, para el almacenamiento de dichas mercancías bajo control aduanero o no nacionalizadas, provenientes de cualquier usuario del comercio exterior (art. 47 ib.).

Exigen las normas para la habilitación de estos depósitos, acreditar el cumplimiento de requisitos relacionados unos con las calidades de la persona jurídica, en cuanto debe contar con una trayectoria en las operaciones aduaneras de comercio exterior y, dentro de ellas, concretamente en actividades de almacenamiento por ser esa la finalidad del depósito; otros con las condiciones económicas y financieras y por su puesto aquellos que atañen directamente con las instalaciones propiamente dichas donde se va a desarrollar la actividad, es decir, la infraestructura física y técnica del lugar destinado al almacenamiento de la mercancía, y es justamente en razón del cumplimiento de esas especiales exigencias que se homologa al particular en la función de titular de un depósito

público habilitado de aduanas por parte de la DIAN, única autoridad competente para delegar tales facultades legales y habilitar depósitos por ser su titular. Este reconocimiento del particular como titular del depósito habilitado de aduanas se concreta mediante un acto administrativo (D. 2685/99, art. 82) en el cual igualmente se identifica y delimita el área en que se deben cumplir las funciones y facultades propias de la calidad otorgada.

Para operar como depósito público habilitado de aduanas se requiere el reconocimiento de la entidad administrativa competente, previo el lleno de precisas condiciones y exigencias requeridas para tal fin. Pero aún más, las normas aduaneras exigen al titular de la habilitación mantener esas condiciones mientras ostente tal calidad, para lo cual inviste a la DIAN de facultades de verificación y eleva a la categoría de falta grave sujeta a sanciones, el hecho de no mantenerlas.

Se ve claramente que la legislación aduanera es exigente y cuidadosa en la función de habilitar zonas como depósitos públicos de aduanas y en el cumplimiento de las exigencias requeridas para ello, de manera que sin contar con dicha habilitación no resulta viable almacenar mercancías bajo control aduanero u operar como depositario de dichos bienes, actividad reservada exclusivamente a dichos depósitos, cuyos titulares se tornan o convierten en prestadores de un servicio público a quienes la administración delega la función que por ley a ella corresponde mediante un acto administrativo vinculante de habilitación.

En consecuencia, el titular de la habilitación, por tener una función delegada, no puede a su vez, delegarla en otro ni autorizarle su cumplimiento o su ejercicio o permitirle ejercerla, en virtud de un contrato, en determinado sentido, como ocurre en el caso sometido al conocimiento de este tribunal, sin que con tal conducta contravenga la legislación aduanera.

El vínculo entre las autoridades aduaneras (DIAN) y el titular del depósito no es contractual porque no existe de por medio un contrato estatal, sino un acto administrativo particular y concreto que crea una situación jurídica vinculante a favor de quien se profiere, y cuyos alcances son restrictivos para ese particular, de manera que dicha situación solo podrá ser modificada o alterada mediante la expedición de otro acto administrativo. Así, quien pretenda ostentar la titularidad de la habilitación requiere, como quedó establecido, además del previo reconocimiento de la administración sobre el cumplimiento de los requerimientos legales, de la expedición de un acto administrativo que lo autorice, reconozca o habilite como requisito *sine qua non* para ejercer la actividad u operar como depósito público de aduanas para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, con lo cual se garantiza la conservación e identidad de las mercancías bajo ese control y por ende la prestación del servicio de almacenamiento. En caso contrario, se estaría frente a una simple actividad comercial de depósito de bienes dentro de los cuales quedarían exceptuados aquellos bajo control aduanero reservados únicamente a la persona homologada para ejercer como titular de la habilitación.

La función de almacenamiento de mercancías bajo control aduanero o no nacionalizadas se predica únicamente del titular del depósito habilitado de aduanas (D. 2685/99, art. 113), debiendo ejercerla de manera directa y no por conducto de otra persona como en el caso que nos ocupa, puesto que esta última no cuenta con las facultades que solo el carácter de titular habilitado confiere, entre otras la de recibir en depósito mercancías bajo control aduanero. En tales circunstancias, mal pueden otorgarse facultades de un titular habilitado a un tercero o permitírsele su ejercicio (cláusula segunda del contrato), dado que ello entraña la existencia de un contrato sobre mercancías sometidas a control aduanero con quien no ostenta la habilitación, que es lo que ocurre en el contrato materia de debate.

Se concluye, entonces, que no es posible predicar la cesión de un contrato cuando el vínculo entre la DIAN y Grupo no deriva de una relación contractual, sino como quedó plasmado de una decisión unilateral de la administración que otorga la habilitación, en razón del estricto cumplimiento de requisitos legales al solicitante, lo que hace de dicha habilitación un acto *intuitu personae* y por ende indelegable.

La resolución de la DIAN que otorga la habilitación, conforme al artículo 82 del Decreto 2685 de 1999, debe indicar los alcances de la misma, los derechos y obligaciones del solicitante y demás precisiones que la autoridad aduanera considere conveniente determinar; el incumplimiento de los mismos hace incurrir al homologado en las sanciones previstas para el caso por el régimen aduanero.

## **6.2. El contrato de almacenamiento celebrado entre Grupo Portuario S.A. (El Depósito) y Equipos Portuarios S.A. (Equipos).**

### **6.2.1. Naturaleza del contrato.**

El contrato celebrado entre las sociedades que constituyen los extremos de la litis, es decir, entre la convocante Grupo Portuario S.A., titular de la homologación del depósito público habilitado de aduanas, reconocido por la DIAN mediante Resolución 7020 de 9 de agosto de 2001 y la convocada Equipos Portuarios S.A., operador portuario, es un contrato en virtud del cual esta puede almacenar mercancías bajo control aduanero, servicio a prestarse en un área exclusiva del depósito habilitado de aduanas en la ciudad de Buenaventura, destinando a tal fin la Bodega Millenium, sin perjuicio de proporcionar áreas adicionales de almacenamiento para el caso en que la ocupación de la citada bodega estuviere completa.

Como contraprestación Equipos se obligó a pagar una tarifa fija estipulada para el área exclusiva, siendo irrelevante el grado de ocupación de las mismas.

En el testimonio dado al tribunal por el doctor Fernando Garcés Lloreda de junio 15 de 2004 afirma lo siguiente. “Cuando ingresé a la junta directiva de Grupo Portuario me encontré con que Grupo Portuario había celebrado un contrato con Equipos Portuarios que no se sabía si es un contrato de almacenamiento o de arrendamiento porque se titula de almacenamiento pero tiene cláusulas de arrendamiento de una bodega que construyó Grupo Portuario con sus propios recursos que se denomina bodega Millenium” (fls. 387 y s.s. cdno. pbas. 1).

Es claro que el contrato al que nos referimos no tiene la naturaleza del arrendamiento de una bodega, aunque a su ejecución se haya destinado un área específica dentro de la asignada al depósito público habilitado de aduanas. El contrato no tiene por objeto un inmueble aun cuando se refiere a un inmueble que hace posible su ejecución: la Bodega Millenium, área exclusiva para el almacenamiento de las mercancías depositadas por la convocada.

Este tribunal descarta la existencia de un contrato de arrendamiento de la Bodega Millenium; el contrato que ha dado lugar a este litigio no puede calificarse de arrendamiento de bien inmueble por las siguientes razones:

La entrega al arrendatario de la cosa arrendada es obligación principal a cargo del arrendador, según el artículo 1982 del Código Civil. A juicio de Mesa Barros<sup>(1)</sup> es la única obligación que el arrendador contrae pero es obligación compleja que se descompone en las dos siguientes obligaciones enumeradas por el artículo 1982.

El acta de entrega de la bodega suscrita por las partes el 26 de marzo de 2003 no constituye entrega del arrendador al arrendatario en el sentido de transferencia de la tenencia del inmueble. Constituye entrega del área en la cual se almacenarán con exclusividad las mercancías bajo control aduanero depositadas por Equipos, de conformidad con la cláusula segunda del contrato, entrega que desarrolla la cláusula cuarta del contrato, último inciso, en la cual se prohíbe expresamente a Grupo, El depósito en el contrato, “utilizar la Bodega Tres Millenium para mercancías que no sean depositadas por Equipos, dado que este pagará a El Depósito su área total en virtud de este contrato”.

La cláusula cuarta del contrato sobre el lugar de almacenamiento de las mercancías contempla la posibilidad de proporcionar a Equipos áreas adicionales de almacenamiento en caso de que la bodega asignada exclusivamente se encontrara totalmente ocupada, o de adecuar áreas de similares condiciones en casos en que motivos de fuerza mayor impidieren la ocupación de la bodega. Si se hubiese entregado la tenencia del inmueble, la cantidad de mercancía a ser allí almacenada estaría circunscrita al área del mismo. Se considera que Equipos actuó como un usuario a quien le fue asignada con exclusividad un área para el almacenamiento contratado.

Grupo, conforme lo dispone el artículo 738 del Código Civil, construyó, debidamente autorizado, en suelo ajeno con materiales propios. Además, el contrato que tiene suscrito con Foncolpuertos sobre el terreno donde construyó la Bodega Millenium no le permite en absoluto dar en arrendamiento obras allí levantadas: el contrato solo autoriza a Grupo a realizar almacenamiento de bienes. Además de desconocer y violar el contrato 069/94 si de arrendamiento se tratase, sería un arrendamiento de cosa ajena, sin respaldo en los hechos ni en las pruebas del proceso.

El Código Civil Colombiano autoriza en su artículo 1974 el arrendamiento de cosas incorporales, que surtiría los

mismos efectos de una cesión de derechos sometida a condición resolutoria<sup>(2)</sup>, pero las pretensiones de la demanda ni los hechos allí afirmados ni las pruebas recolectadas confirman esta hipótesis.

Descartado el arrendamiento, el tribunal considera que el contrato que ha dado origen a esta litis es innominado, dadas la profundas modificaciones introducidas por las partes a la estructura legal propia del contrato de depósito o almacenamiento, denominación dada por ellas al contrato.

El objeto de la prestación a cargo de Grupo consiste en “prestar a Equipos el servicio de depósito (almacenamiento) de mercancías en un área fija exclusiva de su depósito público de aduanas en la ciudad de Buenaventura”.

A su vez, el objeto de la prestación a cargo de Equipos es el pago de la remuneración establecida, “sin importar el grado de ocupación” de la Bodega Millenium, asignada para la prestación de ese servicio.

Si nos encontráramos frente a un contrato de depósito, de conformidad con la ley, la obligación esencial del depositario sería la custodia de los bienes depositados<sup>(3)</sup>; pero en este contrato si bien esa obligación se asigna a Grupo (cláusula octava letra c)), la letra f) de esa misma cláusula impone al depositario la obligación de “permitir la entrada y permanencia de personal, equipos y montacargas de Equipos con el fin de que pueda realizar las labores de cargue, descargue y otras relacionadas con la mercancía, tales como prácticas de inventario; controles de humedad, temperatura e infestación; realización de fumigaciones, secamientos, limpieza; empaques y reempaques, etc.”. La letra g) de esa cláusula restringe la entrada a la bodega 3 de personas y equipos ajenos a la operación de Equipos a menos que cuenten con su previa y expresa autorización. La letra c) de la cláusula décima del contrato dispone: “controlar (Equipos) periódicamente la humedad, temperatura, infestación del grano y otros factores relevantes de la mercancía objeto de este contrato, así como realizar las fumigaciones, secamientos, limpieza, que sean necesarias para conservar el producto”. Si el depósito llegare a realizar por excepción estas funciones Equipos debe reembolsar su precio.

En la inspección judicial practicada por el tribunal al depósito público habilitado de aduanas de Grupo en Buenaventura y a la Bodega Millenium el 26 de julio de 2004 se comprobó que el ingreso y salida de mercancías del depósito público habilitado lo realiza Grupo como titular del depósito, mediante anotaciones formales en los libros legalmente establecidos con ese propósito. Y no podría ser de otra manera, pues la Bodega Millenium hace parte de ese depósito. El señor Pedro Manuel Arenas, gerente del muelle 13, afirma en su declaración (fls. 502 y s.s. del cdno. pbas. 1) que Grupo no interviene en el manejo de las operaciones: “ellos (Equipos) manejan su operación independiente de la nuestra (Grupo)”. Y al responder a una pregunta explica así la situación: “sí ese es el compromiso, el compromiso que se tiene es que ellos colocan los equipos y el personal y nosotros el control, ellos colocan las bandas, los cargados, todo eso y la ubican en el sitio de almacenaje y la sacan si es necesario” y al responder la pregunta de si en la Bodega Millenium Grupo Portuario no hace el control, contestó: “no, adentro no”.

El tribunal acoge este testimonio por el conocimiento que el deponente tiene de los hechos y por la forma detallada y precisa en que los refiere.

Liliana Cabezas en su testimonio indica que: “de pronto la diferencia que hay en Grupo, por lo menos acá en Grupo, de pronto se están recibiendo productos trabajamos las 24 horas, en la bodega de Grupo estamos más pendientes en el sentido de por lo menos lo que despachamos, lo que recibimos, a la Bodega Millenium estamos pendientes qué se está recibiendo qué se está despachando, estamos elaborando un informe todos los días de recibo, despachos, de pronto estamos más de planta que en la Grupo (sic), pero sí estamos constantemente”.

El tribunal entiende este testimonio en el sentido de que la auxiliar de bodega realiza su labor en todos los lugares de almacenamiento del muelle 13, incluida la Bodega Millenium. Al responder una pregunta sobre la diferencia de labores que efectúa en las demás bodegas del depósito, respecto de las labores que efectúa en la bodega 3, expresa que son más cuidadosas y asiduas en las demás bodegas que en la bodega 3. En otras palabras: la custodia que ejerce Grupo sobre la Bodega Millenium es la custodia general que ejerce sobre todo el depósito público habilitado, pero en cuanto a la mercancía depositada en la Bodega Millenium, su función se limita a los controles de ingreso y egreso de mercancía.

En un contrato de depósito la segunda obligación a cargo del depositario sería la restitución de los bienes depositados (C.C., art. 2.253 y C. de Co., art. 1.174), obligación que en el contrato que se analiza está modificada: el gerente del muelle 13, señor Arenas, indica en su testimonio que Equipos realiza directamente las labores dirigidas a retirar la mercancía depositada limitándose Grupo a ejercer funciones de control y registro.

Pero en el contrato que vincula a las partes en disputa constituye obligación principal a cargo de Grupo mantener la disponibilidad total de la Bodega Millenium, pues en virtud del contrato comprometió toda la capacidad de la bodega a favor de Equipos, sin importar la cantidad de mercancía realmente depositada. El contrato de depósito tipificado en la ley tiene por objeto bienes muebles entregados por el depositante al depositario quien tiene a cargo su custodia y restitución, y no, en todo o en parte, la capacidad de depósito del depositario, sus instalaciones o almacenes como ocurre en el presente caso.

En el contrato de depósito oneroso la obligación a cargo del depositante es pagar la remuneración estipulada que, obviamente, depende de la cantidad de bienes depositados (C. de Co., art. 1170). En el contrato bajo examen, la remuneración que paga Equipos no está en relación con la mercancía depositada sino, se reitera, con la capacidad de almacenamiento total de la Bodega Millenium, obligación regulada en varias cláusulas del contrato (primera, cuarta, sexta).

Otra particularidad del contrato es la calidad de “depositario subcontratado” que asume Grupo frente a los clientes de Equipos, propietarios de la mercancía depositada, y la formación de “un doble vínculo jurídico y contractual; por una parte entre el depósito y Equipos; por otra parte, entre Equipos y sus clientes”, que establece la cláusula segunda del contrato. En virtud de esta cláusula Equipos asume frente a sus clientes la posición de depositario y frente al depósito la de depositante de la misma mercancía, sometida a control aduanero. Esta estipulación, fundamental en el contrato, armoniza, a su vez, con las estipulaciones contenidas en las cláusulas décima primera “Restricciones para el depósito”, letra f): “Ofrecer directamente a los clientes de Equipos el servicio de almacenamiento de sus mercancías”; y g): “cobrar directamente a los clientes de Equipos el servicio de almacenamiento por mercancía almacenada...” y décima cuarta: “El depósito no tendrá relación directa con los clientes de Equipos”.

Estas cláusulas establecen, pues, que Grupo, titular del depósito público habilitado de aduanas, prestador exclusivo del servicio que dicha titularidad implica, no pueda prestarlo sin el concurso e intervención de Equipos en un área determinada del depósito en virtud del contrato en cuestión, y que le esté prohibido mostrar la calidad que legalmente tiene frente a los depositantes de mercancías bajo control aduanero, llevadas a la Bodega “Millenium” por Equipos. Estas restricciones culminan con la establecida en la cláusula décima cuarta: “El depósito no tendrá relación directa con los clientes de Equipos, por lo cual todas las comunicaciones necesarias tendrán que canalizarse forzosamente a través de Equipos, quien deberá mantener informados a sus clientes de los asuntos que les conciernan”.

Todas las razones expuestas convencen de que el contrato bajo análisis no es un contrato de depósito.

En conclusión, el contrato de que trata esta litis, es un contrato consensual, bilateral, oneroso, no solemne como que su validez no se encuentra sometida a formalidad alguna, comutativo, de ejecución sucesiva, toda vez que contiene prestaciones periódicas mutuas. Es, además, un contrato marco si se tiene en cuenta que regula hacia el futuro todo ingreso de mercancías bajo control aduanero, introducidas en la Bodega Millenium por Equipos. El contrato no se puede calificar como arrendamiento ni como depósito, porque los elementos que tipifican esos contratos no concurren en él. Tampoco se reúnen los elementos esenciales de otro contrato regulado en la ley.

Claro es para el tribunal entonces que el contrato de 26 de marzo de 2003, origen de las controversias que han dado lugar a este proceso arbitral es, pues, un contrato innominado, que debe reunir los elementos esenciales de todo contrato, de conformidad con el artículo 1.502 del Código Civil, aplicable por remisión del 822 del Código de Comercio.

## **6.2.2. La Intermediación.**

El doble vínculo jurídico a que se refiere el contrato, ya mencionado, Equipos-clientes y Equipos-Grupo, descarta

en el presente caso la existencia de una intermediación por las siguientes razones:

Por el carácter de subcontrato otorgado contractualmente a la relación Equipos — Grupo (inciso segundo, cláusula segunda), entendido este según el Diccionario de la Real Academia Española, como un contrato que una persona hace a otra para que realice determinados servicios asignados originalmente a la primera. La estipulación de que Grupo actuará frente a las mercancías de clientes de Equipos como un depositario subcontratado confirma una vez más que el vínculo inicial no obedece a ninguna de las figuras de la intermediación (mandato, agencia comercial, corretaje, comisión, etc.).

La figura de la subcontratación implica la existencia de un contrato principal sobre el cual apoya su existencia, de tal forma que aplicado al procedimiento contenido en el contrato entre convocante y convocada, el carácter de contrato principal recae sobre el contrato celebrado entre Equipos y sus clientes, sin el cual no hubiera podido darse el "subcontrato". No resulta coherente que la actividad del titular de un depósito público que ha recibido directamente y en forma exclusiva de la autoridad competente las facultades propias de tal investidura, se contraiga a actuar como subcontratista de un tercero que no ostenta tal calidad, cuando el contrato principal de mercancías bajo control aduanero debe hacerse directamente entre el depósito público como único depositario y los clientes o usuarios de comercio exterior como depositantes.

La afirmación del señor apoderado de la parte convocada según la cual su cliente Equipos no celebra contratos de depósito con sus clientes no puede sostenerse a la luz del contrato.

El tribunal no se ocupa de la relación que existe entre quien entrega al depósito público en calidad de depósito las mercancías (Equipos) y sus clientes. Pero cuando dicha relación implica por parte de Equipos el ejercicio de facultades reservadas exclusivamente al titular de un depósito público de aduanas, es del caso analizar si se violan las normas correspondientes.

Sobre este particular, cabe precisar los elementos derivados de la misma definición que la ley hace de los depósitos públicos de aduanas y que descartan la afirmación de la convocada consistente en que dicha figura solo debe referirse al lugar de almacenamiento. Tales elementos son:

- El lugar de almacenamiento que no puede ser otro que aquel habilitado por la DIAN para tal efecto.
- Clase de mercancía: únicamente puede predicarse de mercancías bajo control aduanero o no nacionalizadas, pues las normas aduaneras al efectuar esta precisión en la definición de los depósitos públicos (art. 47 del estatuto aduanero) quedó excluido cualquier otro tipo de mercancía, afirmación que viene a corroborar el artículo 72 ib. al determinar entre las obligaciones de los depósitos habilitados la de recibir únicamente mercancías bajo control aduanero.
- Quién entrega las mercancías y quién las recibe. La entrega de las mercancías proviene de cualquier usuario de comercio exterior, debiendo recibirlas únicamente el titular de la habilitación facultado para ello directamente por la DIAN, en razón a que reúne los requisitos que la ley exige para acceder a ella.

Por tanto, el acto o contrato que contrarie cualquiera de estos elementos infringe la ley.

### **6.3. Objeto ilícito del contrato celebrado entre Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A. el 26 de marzo de 2003.**

El tribunal considera que el contrato bajo examen tiene objeto ilícito, de conformidad con los artículos 1519 del Código Civil y 899 del Código de Comercio, que afecta su celebración y ejecución, por las siguientes razones:

6.3.1. El contrato, tal como se indicó en el punto 6.1 de los considerandos de este laudo, no toma en cuenta el carácter de depósito público habilitado de aduanas que tiene Grupo, llevándose de calle la legislación y el procedimiento que conduce a la habilitación: Decreto 2685 de 1999, artículos 47, 48, 49, 75, 76 y 77 y Resolución 4240 de 2000 de la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, reglamentaria del Decreto 2685, artículos 44, 45 y 46, en armonía con la Resolución 7020 de 9 de agosto de 2001 de la DIAN, mediante la cual se le confirió a Grupo la titularidad de un depósito público habilitado, normas de orden público y de interés superior

del Estado, habida cuenta de que un depósito público habilitado de aduanas “es el recinto público... habilitado por la autoridad aduanera para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero. Para todos los efectos se considera como zona primaria aduanera”, según lo dispone el Decreto 2685 de 1999 en su artículo primero.

En este proceso se puso en evidencia y en los considerandos del laudo se ha puntualizado con todo detalle, cómo al celebrar y al ejecutar el contrato en cuestión Grupo se despoja de su condición de titular del depósito público habilitado de aduanas, en beneficio de Equipos, respecto de las mercancías que este último introduce en la Bodega Millenium; Equipos asume la doble condición de depositante de la mercancía bajo control aduanero y de depositario de la misma frente a sus propietarios, doble condición jurídica absolutamente contradictoria y contraria a las disposiciones legales citadas.

Las cláusulas segunda y décima primera, letras f) y g) del contrato analizado que obligan a Grupo a callar y ocultar su condición de titular del depósito público habilitado donde se ha almacenado la mercancía, violan también las normas de la legislación aduanera citadas en el punto precedente, pues, como se destacó en el considerando 6.1 del presente laudo, la condición de titular del depósito público es conferida por la ley, con exclusividad, es indelegable y no puede ser compartida con otra persona. El carácter de titular de un depósito público surge de un acto administrativo, de conformidad con el artículo 46 de la Resolución 4240 de la DIAN, confiere el ejercicio de una función pública que no tiene por qué ocultarse en ejecución de un contrato, en beneficio del cocontratante que carece de ella. Ocultar, pues, frente a terceros, ese carácter para que lo ostente otro sujeto que no tiene la misma calificación, es violatorio de las normas de orden público reiteradamente mencionadas. De lo contrario, el procedimiento legal que culmina con la habilitación sería inútil y la habilitación misma *inane*.

Grupo no puede “funcionar” como un depositario subcontratado, según la cláusula segunda del contrato, de alguien no habilitado para recibir mercancía bajo control aduanero. Como Equipos no está habilitado para recibir mercancía sin nacionalizar, la cláusula implica que el servicio se contrata con alguien que no tiene la habilitación, violándose, de esta manera, las normas de orden público citadas.

De otra parte, debe advertir el tribunal que el contrato contiene, además, una violación palmaria del artículo 47 del Decreto 2685 en la cláusula tercera, pues faculta a Equipos para almacenar mercancía nacional: entiende el tribunal que el contrato se refiere mercancía nacionalizada o de origen nacional. En los depósitos públicos habilitados solo puede almacenarse mercancía bajo control aduanero, es decir no nacionalizada, hecho que configura un motivo adicional de nulidad del contrato.

6.3.2. Ni el contrato celebrado por Grupo con Foncolpuertos ni su habilitación como depósito público de aduanas le permiten celebrar contratos diferentes al almacenamiento de mercancías, respecto del área habilitada. Quedó demostrado en el punto 6.2.1, de este laudo sobre calificación del contrato, que el contrato en cuestión no es de depósito sino de otra naturaleza, que Grupo no puede celebrar. Al hacerlo viola, igualmente, las normas imperativas de la legislación aduanera, atrás citadas.

#### **6.4. La sanción de nulidad absoluta.**

El objeto del contrato celebrado entre Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A. el 26 de marzo de 2003, desconoce de manera frontal y radical la legislación aduanera a él aplicable. Las normas pertinentes, citadas en el punto 6.3.1. de este laudo, son de orden público, de sumo interés para el Estado por hacer parte del régimen aduanero: el contrato se celebró con violación de ese ordenamiento imperativo y su ejecución consuma y prolonga en el tiempo efectos no queridos por el legislador. La ilicitud que afecta al contrato por contravenir normas de orden público y de interés general debe ser sancionada con nulidad absoluta por ordenarlo así el artículo 899 del Código de Comercio, ordinal 2º y el artículo 1.519 del Código Civil, aplicable al caso por disponerlo así el artículo 822 del primero de los códigos citados.

No existe norma legal expresa que sancione con nulidad absoluta por objeto ilícito el contrato que viole el régimen contenido en los artículos 47, 48, 49, 75, 76 y 77 del Decreto 2685 de 1999 y en los artículos 44, 45 y 46 de la Resolución 4240 de 2000, expedida por la DIAN. Pero la ausencia de una nulidad textual no purga el objeto ilícito que aqueja al contrato por ser contrario a normas de orden público que trascienden el interés particular. El contrato es legalmente insostenible porque contraviene el régimen indicado, sus fines y propósitos.

Acude este tribunal al concepto de la nulidad virtual la cual goza de amplio respaldo doctrinal. Muestra no exhaustiva de ese respaldo en la doctrina francesa lo constituyen las siguientes referencias, ampliamente conocidas:

“La nulidad no se determina necesariamente por un texto legal: la inobservancia de todo requisito legal tiene por sanción la nulidad del acto, aun cuando el mismo texto que hubiere establecido ese requisito no hubiera previsto la sanción; las nulidades del matrimonio, son, por el contrario textuales”<sup>(4)</sup>.

“El objeto del contrato es ilícito cuando es contrario al orden público. Puede decirse en cierta forma que es jurídicamente imposible”<sup>(5)</sup>.

“La nulidad del acto es absoluta y puede ser invocada por toda persona interesada si la anulación del acto es necesaria al interés general. La nulidad debe, entonces, ser invocada”<sup>(6)</sup>.

Mallaurie, luego de preguntarse si las nulidades son textuales o virtuales y de analizar el punto, concluye: “El principio, que comporta excepciones, es que la nulidad es virtual, en otros términos, hay nulidad por el solo hecho de que un acto jurídico contravenga una regla legal, aun sin disposición que la prevea, a condición de que el interés que la ley quiere salvaguardar sea lo suficientemente importante para justificar esta sanción. *Pas de nullité sans texte* es un excepción a la regla general, propuesta vanamente en el pasado para el matrimonio. La ley contemporánea la impuso para las sociedades pero ella es eludida por la teoría de la inexistencia como lo fue para el matrimonio. La regla *Pas de nullité sans texte* se aplica también al desconocimiento de la ley fiscal”<sup>(7)</sup>.

En Colombia el concepto de nulidad virtual encuentra respaldo legal pleno en el artículo 5º del Código Civil el cual dispone: “pero no es necesario que la ley que manda, prohíbe o permita contenga o exprese en sí misma la pena o castigo en que se incurre por la violación. El Código Penal es el que define los delitos y les señala penas”. El artículo 6º dispone en lo pertinente: “en materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa”.

En la doctrina colombiana, Ospina Fernández en su conocida obra, “Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos” analiza el punto en la siguiente forma: “por consiguiente, el objeto ilícito, sancionado con la nulidad absoluta, se configura cuando el acto, en sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, contraría cualquiera de los extremos mencionados: la ley, el orden público o las buenas costumbres.

Según el criterio romano, ya claramente precisado en el derecho imperial, la nulidad de los actos jurídicos era la sanción consiguiente al quebranto de la ley, especialmente de las normas prohibitivas (*nullum pactum, nullam conventione, nullum contractum inter eos qui contrahunt lege contrahere prohibente*) (Código, L. 5, Tit. 14, De legibus..., L. 1.).

Tal fue también el criterio que primó en el pensamiento racionalista, hoy superado, según el cual la noción dominante en el derecho, el orden público, al constituir una limitación a la autonomía de la voluntad privada, necesariamente tendría que expresarse por medio de leyes prohibitivas. Corolarios de este concepto del orden público legal e inmutable son los trajinados aforismos, según los cuales está permitido lo que no está prohibido y no hay nulidad sin ley, que pretendieron inspirar la redacción del Código de Napoleón, pero que también han sido superados, hasta el punto de que la doctrina y la jurisprudencia francesas rechazan hoy de plano el segundo de tales aforismos y reconocen la facultad de los jueces para declarar nulidades no expresamente establecidas por la ley (Cfr. Mazeaud, ob. Cit, T.II, núm. 297).

En nuestro código esta cuestión está claramente definida. El artículo 1741, por vía general, sanciona con la nulidad absoluta el objeto ilícito, vicio este que se presenta, no solamente cuando el acto quebranta prohibiciones expresas y concretas de la ley, no sancionadas de otro modo, sino también cuando dicho acto, por sus prestaciones aisladamente consideradas o en su conjunto, atenta contra el orden público o las buenas costumbres.

Corresponde, por tanto, al juez determinar en cada caso discrecionalmente si en el acto *sub judice* se configura o no un objeto ilícito, sin que para ello tenga que fundarse en una expresa prohibición legal, porque, se repite, nuestro ordenamiento positivo, conformándose a la doctrina moderna, rechazó el concepto racionalista del orden público legal e inmutable.

Pero ya en este punto de la eficacia de la nulidad absoluta por la ilicitud del objeto, derivada de la contravención a las leyes prohibitivas, hay que advertir una vez más que el criterio general de nuestro código al respecto es el consignado en el artículo 16, que hace depender la prohibición de derogar por convenios particulares las leyes, no de cualquier clase, sino de aquellas en cuya observancia están interesados el orden público y las buenas costumbres por lo cual dichas leyes adquieran el carácter de imperativas. Así, cuando la prohibición legal está determinada por otros motivos extraños a estos conceptos, no se estructura la noción del objeto ilícito ni, por ende, opera la nulidad absoluta”<sup>(8)</sup>.

## **6.5. Efectos de la nulidad absoluta.**

La nulidad absoluta del contrato, que declarará este tribunal, tiene por efecto restituir a las partes “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, de conformidad con el artículo 1746 del Código Civil. Sin embargo, el carácter retroactivo de esa nulidad no puede implicar la repetición de lo que se haya dado o pagado en razón del contrato por ser objeto ilícito el concepto de la nulidad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1525 del Código Civil. Sin embargo, tratándose de un contrato de trato sucesivo en ejecución, se ha creado una situación de hecho que la justicia debe resolver, pues de lo contrario tendrían las partes que hacerlo por su propia mano, con violación del orden jurídico, o se daría lugar a posible enriquecimiento sin causa, situación no querida tampoco por el orden jurídico<sup>(9)</sup>.

El elemento a sabiendas de la ilicitud del objeto del contrato exigido por el artículo 1525 del Código Civil, no puede ponerse en duda en el caso de autos, pues Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A. son comerciantes, profesionales de su actividad, todo lo cual se analizó en el punto 4 de este laudo. Además, por lo que respecta a Grupo, la Resolución de la DIAN 7020 de 9 de agosto de 2001 mediante la cual obtuvo la habilitación del muelle 13 del terminal marítimo de Buenaventura como depósito público de aduanas, le implicó acreditar los requisitos exigidos por el artículo 45 de la Resolución 4240 de la DIAN que tienen que ver con la aptitud, capacidad y profesionalismo necesarios para manejar un depósito público de aduanas.

Equipos es, como también ya se puso de presente en el mismo lugar de este laudo, un operador portuario para lo cual también debió acreditar su carácter profesional.

Ambas partes hicieron expresa mención en este proceso de su condición profesional: el representante legal de Grupo en su declaración de 24 de agosto de 2004 (fls. 462 y s.s. del cdno de pbas. 1). La representante legal de Equipos se refiere a dicha condición en su declaración de la misma fecha (fls. 548 y s.s.).

El haber celebrado Grupo y Equipos, ambos profesionales de la actividad portuaria, un contrato con objeto ilícito por violación de normas legales imperativas a sabiendas dado su carácter profesional, les es imputable por igual y en la misma proporción a título de culpa, pues a nadie le sirve de excusa la ignorancia de la ley (C.C., art. 9º), menos a un profesional de la actividad sobre la cual versa el contrato.

Por disponerlo así el artículo 1525 del Código Civil, aplicable en virtud de lo dispuesto por el artículo 822 del Código de Comercio, este tribunal, al determinar los efectos de la nulidad declarada, no ordenará la restitución a Equipos de la remuneración recibida por Grupo en razón del contrato.

## **6.6. Perjuicios.**

En desarrollo de las consideraciones atrás expresadas, este tribunal estima que no puede haber lugar a perjuicios por lucro cesante surgidos de un contrato declarado nulo por objeto ilícito, pues no puede pretenderse utilidad en la explotación de un objeto ilícito. Tampoco puede haber lugar a condenar al pago de cláusula penal estipulada como tasación anticipada de perjuicios por el incumplimiento. El tribunal tendrá en cuenta únicamente perjuicios patrimoniales compensatorios (daño emergente) surgidos de las situaciones de hecho creadas por las partes al ejecutar, en la forma en que lo hicieron, un contrato declarado nulo de nulidad absoluta por ilicitud del objeto.

Esas situaciones de hecho son las siguientes: la ejecución parcial de un contrato de trato sucesivo declarado nulo, en que es imposible volver las cosas al estado anterior como ya se indicó y la decisión tomada por Grupo, comunicada por escrito a Equipos, el 22 de agosto de 2003, en el sentido de modificar unilateralmente el contrato para que la prestación del servicio la hiciese directamente Grupo como titular del depósito y no Equipos como fue

estipulado. El tribunal considera que esta decisión de Grupo que pretendió apoyarse en el oficio de la DIAN 035068-1197 de 12 de agosto de 2003, es, además de unilateral, arbitraria, porque sin acuerdo de las partes no puede modificarse un contrato, ninguna de cuyas estipulaciones autorizaba a Grupo para actuar como lo hizo. Arbitraria porque se arrojó facultades que corresponden a los jueces: la decisión de Grupo, parte convocante, causó perjuicios económicos a Equipos, quien no pudo utilizar la “Bodega Milleniun” viéndose forzado a almacenar mercancía no nacionalizada en otra bodega habilitada.

El tribunal de arbitramento se hizo acompañar de un grupo destacado de peritos en los campos de la contabilidad, la economía y la ingeniería.

En el dictamen pericial rendido por el perito contador de 13 de agosto del año en curso, el apoderado de la convocante solicita la siguiente precisión: “El monto total de los ingresos percibidos por Equipos Portuarios S.A. por concepto de depósito de mercancías no nacionalizadas y nacionalizadas recibidas de sus clientes en la Bodega Millenium como depositantes, entre el 26 de marzo de 2003 y hasta la fecha en que se practique la pericia”. En su dictamen el perito dice: “Se constató y se evidenció mediante prueba escrita y de análisis documental, que durante el período transcurrido entre el 26 de marzo de 2003 y hasta junio de 2004, a la Bodega Millenium no ingresaron mercancías no nacionalizadas o bajo control aduanero” (fl. 354 del cdno. de pbas. 4).

Afirmaciones que ratifica nuevamente el perito al dar la respuesta a los puntos 2 y 9 del cuestionario que le formuló el convocante (fls. 356 y 363 del mismo cdno.).

Igualmente en el testimonio de fecha 22 de junio de 2004 el gerente regional de Grupo Portuario S.A., señor Pedro Manuel Arenas, manifestó: “... llevan sus registros (Grupo) obviamente de control de entrada y salida de mercancía porque las únicas mercancías que están entrando en este momento son mercancías nacionalizadas” (fl. 395 dorso cdno. pbas. 4).

Más adelante este testigo hace la siguiente aclaración bastante afirmativa y expresa: “... Porque la Bodega Millenium está dentro de las instalaciones del Grupo Portuario y para poder ingresar a la Bodega Millenium tiene que ser autorizado por Grupo Portuario, entonces Grupo Portuario como sabe que esa bodega no la está administrando no permite el ingreso de mercancías sin nacionalizar sino que debe ser nacionalizada,...” (fl. 396 cdno. pbas. 1).

Concluye el tribunal que nunca ingresaron a la Bodega Millenium mercancías no nacionalizadas como lo demostró plenamente el peritaje y lo ratificaron los testimonios citados.

#### **6.6.1. Montos de los perjuicios sufridos por Equipos Portuarios S.A.**

El perito ingeniero determinó en su experticio presentado el 4 de agosto de 2004 que en la Bodega Millenium la Sociedad Equipos Portuarios S.A., almacenó un promedio mensual de 6.635.54 toneladas. Promedio que fue ratificado y refrendado en el dictamen de la perito economista, presentado el 13 de agosto de 2004: allí se informa al tribunal que la capacidad máxima de almacenamiento de la Bodega Millenium es de 9.800 toneladas mes.

Posteriormente el tribunal de oficio solicitó a la perito economista una complementación de su dictamen y el 5 de noviembre de 2004 la perito informó al tribunal que el promedio mensual de toneladas enviado a la bodega de “Alpopular” fue de 2.411.627, entre los meses de abril de 2003 a junio de 2004; que el promedio de toneladas mes en el mismo lapso de tiempo almacenado en la Bodega Millenium fue de 6.635.54. O sea, que el promedio mensual total almacenado en las dos Bodegas Millenium y “Alpopular” fue de 9.047.158 toneladas. Tonelaje inferior a la capacidad de la Bodega Millenium que es de 9.800 toneladas mensuales. Puede, entonces, establecerse sin duda alguna que durante la ejecución del contrato la capacidad de almacenamiento de la Bodega Millenium nunca se utilizó al máximo. Además, carece por completo de sentido que Equipos enviara carga a otra bodega teniendo en la Millenium capacidad real sin utilizar.

Queda, pues, plenamente demostrado que la sumatoria de los dos promedios mensuales de las bodegas mencionadas no sobrepasa en ningún momento el nivel máximo de 9.800 toneladas. El tribunal encuentra probado que la mercancía enviada a la bodega de “Alpopular” hubiera podido almacenarse en la Millenium, si no existiese la notificación de Grupo que impidió dicho almacenamiento.

En la oportunidad procesal el apoderado de la parte convocante solicitó aclaraciones y complementaciones al dictamen de la perito economista en el sentido de que se indicara al tribunal si “la metodología para hacer la proyección de los ingresos dejados de percibir por Equipos Portuarios S.A. tuvo fundamento en ofertas o contratos de almacenamiento dejados de prestar por parte de Equipos Portuarios S.A.”, pregunta dirigida, según el abogado de la parte convocante, a satisfacer la exigencia legal de certeza y verificación de los perjuicios.

Aun cuando la aclaración solicitada por el señor apoderado se refiere a ingresos dejados de percibir por Equipos, punto excluido por el tribunal por corresponder a lucro de un contrato con objeto ilícito, el tribunal toma muy en cuenta la respuesta de la perito economista: “En cuanto a la metodología para proyectar los ingresos dejados de percibir por Equipos Portuarios S.A. esta no se fundamentó en ofertas o contratos dejados de prestar por Equipos Portuarios S.A. ya que no se encontraron documentos que así lo evidenciaran”.

El tribunal encuentra plenamente acreditado con el concepto de la perito economista (ver cuadro N° 8 de su dictamen inicial de 13 de agosto de 2004) que los perjuicios sufridos por Equipos por no haber podido almacenar mercancía no nacionalizada en la Bodega “Millenium” ascendieron a \$ 180.382.114, monto del perjuicio que Grupo deberá indemnizar, indexado al momento del pago.

El tribunal no encuentra probados otros perjuicios surgidos de las situaciones de hecho indicadas en el punto 6.6 de este laudo.

## **6.7. Restitución de la Bodega Millenium.**

Como quedó demostrado en el punto 6.2.1. de este laudo, el contrato objeto de esta litis no tiene naturaleza de arrendamiento; es un contrato innominado en virtud del cual Equipos adquirió el derecho de utilizar con exclusividad toda la capacidad de almacenamiento de la Bodega Millenium. Por esta razón no procede ordenar la restitución ni la entrega del inmueble, sino la cesación de los efectos del contrato, en cuanto a la exclusividad de Equipos para el depósito de mercancías suyas o de sus clientes.

El tribunal dispondrá, en consecuencia, que se retire la mercancía almacenada por Equipos en la Bodega Millenium con el propósito de hacer cesar los efectos del contrato.

## **7. Resolución de las excepciones de fondo.**

7.1. El señor apoderado de la parte convocada propuso la excepción genérica: “todo hecho que aparezca probado en el proceso, que enerve las pretensiones de la parte demandante”. Examinados los hechos y sus pruebas, considera el tribunal que no prospera la excepción de Equipos Portuarios S.A., como quiera que no existe prueba alguna dentro del plenario que logre desvirtuar la nulidad absoluta del contrato de almacenamiento celebrado entre Grupo y Equipos, tema del que se ha ocupado ampliamente este laudo y cuya declaratoria se hará en la parte resolutiva del mismo.

7.2. A su vez, el señor apoderado de la parte convocante respecto de las pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN propuso la excepción de nulidad absoluta del contrato de almacenamiento suscrito entre Grupo y Equipos el día 26 de marzo de 2003. Esta excepción fue despachada favorablemente al acoger la pretensión de nulidad y el tribunal se abstuvo de decretar restituciones mutuas por ser la ilicitud en el objeto la causal acogida para decretar la nulidad y con mayor razón tratándose de un contrato de trato sucesivo.

7.3. “Imposibilidad Jurídica para el cumplimiento del contrato”. El señor apoderado de la parte convocante fundamenta esta excepción en que el contrato adolece de vicio sustancial proveniente de causa y objeto ilícito por ser contrario a normas imperativas, lo cual colocó a Grupo en la imposibilidad moral de cumplir el contrato.

Este tribunal declarará la nulidad absoluta del contrato en referencia por objeto ilícito, por ser violatorio de normas superiores de orden público. Sabido es que la nulidad produce efectos retroactivos a partir de su declaración judicial, pero no antes. La parte vinculada a un contrato no puede invocar supuestas nulidades para unilateralmente dejar de cumplirlo. Esas nulidades deben ser verificadas dentro de la plenitud de un proceso y declaradas o no por el juez competente. Antes de la sentencia judicial que sancione con nulidad el contrato, este produce todos sus efectos. Lo contrario subvertiría el orden jurídico sobre la eficacia de los contratos y haría inane la intervención

judicial que la ley exige en materia de nulidades, sin excepción (C.C., art. 1746, C. de Co., art. 822). La sentencia de nulidad no purga retroactivamente el incumplimiento del contrato.

Las principales obligaciones correlativas de las partes estipuladas en el contrato eran, para Grupo, permitir el ingreso de las mercancías de Equipos o sus clientes en la Bodega Millenium, y para Equipos, pagar la remuneración fija pactada por la disponibilidad de almacenamiento en dicha bodega. Está probado en el proceso que Equipos ha pagado mensualmente a Grupo la suma de US\$8.160 desde la celebración del contrato. Probado está igualmente que Grupo no permitió el ingreso de mercancías bajo control aduanero a la Bodega Millenium en ningún momento, extremo que ha sido analizado en los capítulos pertinentes de este laudo. El tribunal ya consideró que esta conducta unilateral y arbitraria de Grupo creó una situación de hecho que ocasionó perjuicios a Equipos, cuya reparación ordenará este tribunal. Por lo expuesto, el tribunal declarará no probada la excepción denominada imposibilidad jurídica para el cumplimiento del contrato propuesta por el apoderado de Grupo contra la demanda de reconvenCIÓN.

7.4. En cuanto a las demás excepciones de mérito propuestas por el apoderado de Grupo denominadas: “Simulación relativa del contrato”, “Falta de legitimación sustancial para solicitar el cumplimiento y por ende la condena al pago de perjuicios que implora Equipos en la demanda de reconvenCIÓN”, “Indebida acumulación de pretensiones formuladas en la demanda de reconvenCIÓN” y la “innominada o genérica”, el tribunal no las acoge por las siguientes razones: en lo que respecta a la simulación relativa del contrato, la nulidad absoluta del mismo por ilicitud en el objeto que declarará el tribunal es incompatible con su simulación relativa en la forma que fue planteada; los hechos invocados por el apoderado de la parte convocante como sustento de la excepción relativa a la falta de legitimación sustancial fueron ampliamente analizados por este tribunal al estudiar la pretensión de nulidad y los perjuicios y, además, con fundamento en la ley no condenará a las restituciones mutuas; la excepción concerniente a la indebida acumulación de pretensiones queda resuelta al decidir sobre la pretensión principal. Por lo que respecta a la excepción innominada o genérica, el tribunal no encontró hechos probados que infirman su decisión sobre la demanda de reconvenCIÓN.

## **8. Objeciones al dictamen pericial.**

Con memorial radicado el 13 de septiembre de 2004 el señor apoderado de Equipos Portuarios S.A. objetó por error grave algunas de las conclusiones del dictamen rendido por la economista Vivian Guerrero de Restrepo (fls. 388 a 391 cdno. ppal.). Tales objeciones se refieren a tres aspectos:

1. Indexación equivocada de los montos resultantes de los depósitos de mercaderías que Grupo ha dejado de percibir medianamente desde el 26 de marzo de 2003.
2. Error en la determinación de la “diferencia” entre los ingresos que percibe Grupo en virtud del contrato de almacenamiento, menos los costos y gastos asociados para su sostenimiento.
3. Error en el cálculo de la tasa interna de retorno.

Dentro del respectivo traslado de las objeciones al dictamen, el apoderado de Grupo Portuario S.A. presentó memorial en el que se refirió a cada una de las objeciones por error grave formuladas y se opuso a la prosperidad de las mismas (fls. 393 a 396 cdno. ppal.).

Conforme con lo dispuesto por el artículo 238, numeral 6º, del Código de Procedimiento Civil, corresponde al tribunal en este laudo estudiar y decidir sobre las objeciones por error grave hechas al dictamen económico.

Advierte el tribunal que, conforme con la ley y la jurisprudencia, los fundamentos de las objeciones por error grave deben evidenciar un error ostensible y manifiesto en la opinión del perito y no pueden consistir en la inconformidad con la metodología empleada por este para resolver los cuestionarios de las partes. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha calificado el error grave como “... el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado o sus atributos por otros que no tiene, o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...” (Gaceta Judicial T. LII, pág. 306).

Los errores graves no pueden consistir, señala la misma Corte, “en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectivo del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisible para el juzgador que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...” (Gaceta Judicial T. LXXXV, pág. 604, reproducido en auto de septiembre 8 de 1993, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schools, Exp. 3446).

Vale precisar, además, que conforme con lo dispuesto por el inciso 4º del artículo 238, el error del dictamen debe ser protuberante y determinante de las conclusiones a las que hubiere llegado la perito o porque el error esté fundado en ellas. Al respecto señala el doctor Daniel Suárez H. en artículo publicado en el Código de Procedimiento Civil — Universidad Externado de Colombia, 1991, página 558: “Doctrinariamente se ha dicho que el error puede estar en un momento dado en el objeto analizado, en los estudios, ensayos o experimentaciones que hagan los peritos, pero que también puede recaer sobre las conclusiones. Útil resultará la novedad de este precepto, dado que si el error endilgado al dictamen no afecta las conclusiones o no se origina en estas, el juez al valorarlo detectará la equivocación, hará caso omiso de dicho aparte y podrá acoger las conclusiones que no se encuentran afectadas por el error. Las conclusiones del dictamen que son las que realmente atan al juez y a las partes en el proceso, pues son ellas las que van a servir de apoyo para el dictado del fallo, son las que habrán de ser tenidas en consideración.

De manera que los demás errores, así hayan sido garrafales o protuberantes, si no incidieron o no se originaron en las conclusiones no ameritan ser materia de objeción por error grave, por lo que el juez deberá analizar el dictamen y el escrito de objeciones para ordenar o rechazar de plano el trámite de las mismas”.

Con fundamento en los criterios antes expuestos el tribunal pasa enseguida a resolver sobre la prosperidad de las objeciones propuestas.

1. El apoderado de Equipos hace consistir la primera objeción propuesta en que la perito tomó equivocadamente como capacidad de la bodega el valor informado inicialmente por el perito ingeniero, 9.800 toneladas, la cual fue aclarada y quedó en 9.000 toneladas, para un solo producto; igualmente porque solo consideró como productos a almacenar el trigo, maíz y fertilizantes, descartando la soya y la torta de soya, aspectos que de haberse tenido en cuenta hubieran determinado un promedio de 8.714 toneladas. Igualmente se duele el objetante que la perito haya tomado como valor promedio recibido por Equipos \$4.439 por tonelada aunque en el dictamen original aparece \$4.144,87 y por último porque la perito no tuvo en cuenta que el promedio de ocupación de las bodegas de Grupo fue de 57.96% y estimó una ocupación total de las mismas.

Al respecto el apoderado de Grupo considera que la perito contestó técnicamente la pregunta, pues entre el valor del ingreso esperado que calculó en \$43.503.768, y el determinado por el ingeniero que fue de \$43.086.216, solo existe una diferencia de un 1% que no puede considerarse error grave. Señala además que la perito no podía fundamentar su respuesta en las cifras que suministró la convocada que se refieren a los ingresos recibidos por Equipos y no a los esperados por Grupo, según se formuló la pregunta. Y por último que el objetante no tiene en cuenta que a la perito se le pidió calcular el ingreso promedio y no las toneladas promedio; que el cálculo del promedio ponderado se hizo con más de dos productos con lo que la capacidad almacenable ya está reducida y coincide con el promedio de ocupación en bodegas y cobertizos; y por último censura que el valor promedio de la tonelada almacenada fijado por la perito sea objetado cuando se emplea para calcular lo dejado de percibir por Equipos más no cuando se usa para determinar el ingreso esperado por Grupo si explotara la bodega.

Sobre este primer error grave endilgado al dictamen económico, el tribunal considera que si bien el cálculo del ingreso promedio esperado por Grupo de poder administrar directamente la bodega no coincide con la cifra que podría arrojar utilizando los valores exactos suministrados por el perito ingeniero en su aclaración, dicha diferencia no es de calidad ostensible y por el contrario, al ser tan parecidas las cifras, denotan una similitud en la metodología empleada por ambos profesionales. El escenario propuesto por la convocante en la pregunta formulada a la perito fue general, y por ello a criterio de la profesional estaba definir la metodología para llegar a

la cifra que debía ser indexada conforme se le solicitó, la cual estaba determinada por el tiempo, la capacidad promedio de la bodega, su nivel de ocupación y el valor promedio de la tonelada que se cobra por almacenaje. Conforme a lo expuesto, el tribunal declarará no probada esta objeción.

2. En lo que hace referencia a la segunda objeción formulada al dictamen económico sobre un supuesto error en la estimación de la diferencia entre los ingresos que percibe Grupo en virtud del contrato de almacenamiento, menos los costos y gastos asociados para su sostenimiento, manifiesta el apoderado de Equipos que se cometieron los siguientes errores: Haberse tomado un período de 15 meses para obtener la TIR cuando debió calcularse en 12 meses. No tenerse en cuenta la suma de \$85'415.191, fijada por el perito contador, correspondiente a los ingresos percibidos por Grupo por el traslado de mercancías desde las instalaciones de la Sociedad Portuaria de Buenaventura a la Bodega Millenium. Haber fundamentado la perito su respuesta en el tema de costos en las cifras inicialmente determinadas por el perito contador en su dictamen sin tener en cuenta las aclaraciones que el mismo presentó a motu proprio sobre el tema. Por último, se queja el apoderado de la convocada que la perito economista no tuvo en cuenta el valor residual de la bodega, pues calculó la TIR a 5 años, sin considerar que al final del contrato entre las partes la bodega regresaba a poder de Grupo, quien podrá seguir explotándola.

Sobre esta objeción, el apoderado de Grupo considera que no obstante la perito haber calculado la diferencia entre los ingresos y los costos en un período mayor al anual, la cifra que arroja el dictamen en el período de 15 meses arroja una mejor rentabilidad para la bodega pues, como lo demostró el dictamen, el promedio histórico tiende a la baja, y de haberse efectuado el cálculo según lo sugiere el objetante, la rentabilidad y la tasa de retorno de Grupo sería menor a la descrita en el dictamen. Igualmente considera que el hecho de no tenerse en cuenta los ingresos de Grupo por el traslado de mercancías por vía terrestre desde la Sociedad Portuaria hacia la Bodega Millenium, no constituye error considerable, pues tampoco se tuvieron en cuenta los egresos que la convocante asumió cuando por falta de disponibilidad de espacio para el almacenamiento debió utilizar los servicios de la misma Sociedad Portuaria de Buenaventura. Comparte el apoderado de Grupo que efectivamente la perito no tuvo en cuenta la corrección del perito contador en lo relativo a los costos financieros. Por último, el apoderado de la convocante considera que contrario a lo dicho como fundamento de la objeción, la tasa de retorno no debió calcularse a 5 años o más sino en un período de 36 meses, que fue el plazo otorgado para cancelar los créditos adquiridos para la construcción de la bodega.

Respecto de la segunda objeción por error grave formulada al dictamen económico, el tribunal considera que la perito economista no incurrió en error grave en su experticio cuando para determinar la diferencia entre los ingresos percibidos en ejecución del contrato objeto de litis frente a los costos asociados al mantenimiento de la Bodega Millenium consideró un período de tiempo de 15 meses, cuando supuestamente debió ser anual, pues al comienzo del dictamen ella advirtió que la fecha más apropiada para este, es decir para realizar sus cálculos, era a “30 de junio de 2004, correspondiente al cierre de un semestre completo y se pueden conciliar las cifras con la contabilidad de las empresas”. Este hecho no fue materia de debate por las partes dentro del término de traslado del dictamen ni solicitado aclarar, por lo cual resulta tardío un pronunciamiento sobre el tema.

En cuanto a la censura del apoderado de Equipos a la respuesta 3 de las aclaraciones al cuestionario de la convocante por no haber tenido en cuenta los ingresos que percibió Grupo por el traslado de mercancías desde las instalaciones de la Sociedad Portuaria de Buenaventura a la Bodega Millenium, el tribunal de plano desecha esta objeción, pues la pregunta formulada a la perito fue concreta y la denominada “diferencia” debía calcularse “entre los ingresos netos que percibe Grupo Portuario S.A. por cánones de arriendo de la Bodega Millenium menos los costos y gastos asociados para su sostenimiento”, razón por la cual la perito no debía considerar ningún otro ítem de ingresos para su respuesta (negrilla del tribunal).

De otra parte, y sobre la pregunta relacionada con el tiempo en que se recuperaría la inversión por la construcción de la bodega, el tribunal considera que la respuesta de la perito se ciñe al escenario propuesto por el apoderado de la convocada, en el que debía considerarse “la diferencia”, que se obtiene entre los ingresos recibidos por el contrato menos los costos de administración de la bodega, y el valor de construcción, la cual fue respondida en 3 modelos financieros en los que el tiempo de su recuperación oscila entre 18 y 21 años, por lo cual no le asiste razón al objetante. El presupuesto uno de la respuesta, es decir, “la diferencia” no tenía porque variar pues nunca se le fijaron a la perito parámetros diferentes.

3. Finalmente, y sobre la tercera conclusión objetada por el apoderado de la parte convocada, que consiste en un error en el cálculo de la tasa interna de retorno por varios aspectos: tal y como se desprende del punto 3.3. del escrito de aclaraciones se consideró un valor de ingreso “irreal” diferente a las variables históricas de ocupación y capacidad real de la bodega. Haberse omitido el valor de los costos y gastos que asumiría Grupo si gestionara directamente todo lo relativo a la movilización de la carga dentro de la bodega. No ponderarse el hecho de que la contabilización de los ingresos recibidos del contrato como no operativos le permite a Grupo ahorrarse la contribución del 9% de los ingresos al Fondo Rotatorio de la Armada Nacional de acuerdo al contrato 050 de 1997. No tenerse en cuenta la rentabilidad que obtendrá Grupo a partir de que recupere la bodega. Finalmente, por no haberse hecho los cálculos respecto del contrato en dólares, divisa en la que se pactó el pago por la disponibilidad de la bodega.

En el traslado de esta objeción el apoderado de la parte convocante manifiesta que la respuesta es correcta, pues la TIR debía calcularse con base en el ingreso esperado y no con el real que ha obtenido Grupo. Considera que el mayor costo no es asumido por Grupo por ser ingresos no operacionales los que sí asumiría de explotar directamente la bodega y, finalmente, manifiesta que se pretende justificar las pérdidas que se han ocasionado a Grupo con el tema de la revaluación del dólar.

Para resolver esta objeción el tribunal considera que la respuesta de la perito contenida en la página 6 de las aclaraciones, que depende de la pregunta C del cuestionario de la convocante, no contiene ningún error, pues la respuesta debía darse teniendo en cuenta el ingreso esperado por Grupo y no el real que ha recibido Equipos. Además, si los cálculos de la perito en el dictamen se hicieron en pesos y en la oportunidad para las aclaraciones no se dijo que fueran en dólares, ello no constituye en sí un error grave. Por otra parte, el período que debía calcularse conforme a la pregunta era el del contrato y no más allá.

Como consecuencia de lo expuesto, el tribunal declara no probadas las objeciones por error grave al dictamen económico propuestas por el apoderado de la sociedad convocada.

## **9. Costas.**

En consideración a que solo prosperaron algunas pretensiones de la demanda principal y que igualmente se acogieron parcialmente las peticiones de la demanda de reconvenCIÓN, el tribunal se abstendrá de condenar en costas conforme lo autoriza el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

## **III. Parte resolutiva**

En mérito de las consideraciones que anteceden, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre Grupo Portuario S.A., de una parte, y Equipos Portuarios S.A., de la otra, de que da cuenta el presente proceso, administrando justicia por habilitación de las partes, en decisión unánime, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

**RESUELVE:**

1. Declarárse no probadas las objeciones por error grave al dictamen pericial formuladas por el apoderado de Equipos Portuarios S.A.
2. Declarárse no probada la excepción genérica propuesta por la parte convocada.
3. Declarárse la nulidad absoluta del contrato suscrito el 26 de marzo de 2003 entre Grupo Portuario S.A. y Equipos Portuarios S.A. por contravenir y contrariar normas imperativas concernientes a los depósitos públicos habilitados para el almacenamiento de mercancías bajo control aduanero, en los términos a que se refiere el Decreto 2685 de 1999 y la Resolución 4240 de 2000 de la DIAN.
4. Ordénase a Grupo Portuario S.A. entregar las mercancías que se encuentren dentro de la Bodega Millenium y a Equipos Portuarios S.A. recibirlas y retirarlas dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de este laudo. Los costos en que se incurra para el cumplimiento de lo ordenado serán de cargo de Equipos Portuarios S.A.

5. Declárase que Grupo Portuario S.A. no está obligado a restituir a Equipos Portuarios S.A. las sumas de dinero recibidas durante la ejecución del contrato objeto de esta litis, por las razones expuestas en la parte motiva.
6. Niéganse las demás pretensiones de la demanda incoada por Grupo Portuario S.A. en contra de Equipos Portuarios S.A.
7. Declárase probada la excepción de mérito denominada nulidad absoluta del contrato suscrito entre Grupo y Equipos el día 26 de marzo de 2003, propuesta por Grupo Portuario S.A. en la contestación a la demanda de reconvenCIÓN.
8. Declárase no probada la excepción de mérito denominada “Imposibilidad jurídica para el cumplimiento del contrato” formulada por Grupo Portuario S.A. en la contestación a la demanda de reconvenCIÓN.
9. Decláranse no probadas las demás excepciones de mérito formuladas por Grupo Portuario S.A. en la contestación a la demanda de reconvenCIÓN.
10. Declárase que Grupo Portuario S.A. incumplió las obligaciones que para ella surgieron del contrato celebrado con Equipos Portuarios S.A. de fecha 26 de marzo de 2003 al no permitir que ingresaran al depósito público habilitado, mercancías sin nacionalizar o bajo control aduanero, conforme a lo expuesto en la parte motiva.
11. Como consecuencia de la anterior decisión, condénase a Grupo Portuario S.A. a pagar a Equipos Portuarios S.A. a título de perjuicios las sumas de \$180'382.114, a la ejecutoria del laudo, suma que deberá ser indexada al momento del pago.
12. Niéganse las demás pretensiones de la demanda de reconvenCIÓN incoada por Equipos Portuarios S.A. en contra de Grupo Portuario S.A.
13. Sin costas para las partes.
14. Ordénase la expedición de copias de este laudo con las constancias de ley, con destino a las partes, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación (CPC, art. 115, num. 2º).
15. Protocolícese el expediente en una notaría del círculo de esta ciudad de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

*Enrique Díaz Ramírez, Presidente—Fernando Scarpetta Carrera, árbitro—Jorge Guzmán Moreno, árbitro.*

*Florencia Lozano Revéiz, Secretaria.*

---