Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20237070016695**

Fecha: **30-11-2023**

"POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA UNA DECISIÓN DE FONDO DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRA LA SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. POR PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES PREVISTAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 004 DE 2011 QUE, DE ENCONTRARSE PROBADOS, DARÍAN LUGAR A DECLARAR LA CADUCIDAD DE DICHO CONTRATO DE CONCESIÓN - EXPEDIENTE 20227070320700037E."

EL GERENTE DEL GIT PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS CONTRACTUALES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones ANI No. (s) 20221000007275 de 3 de junio de 2022, 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 de 25 de febrero de 2020, y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, procede a resolver de fondo la presente actuación que se adelanta contra la sociedad Concesionaria PUERTO HONDO S.A., identificada con NIT 900.243.279-5, por el presunto incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011 que, de encontrarse probados, darían lugar a declarar la caducidad de dicho contrato de concesión N° 004 de 2011,

CONSIDERANDO

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Que dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

EN CALIDAD DE INVESTIGADO

1.1. La sociedad PUERTO HONDO S.A., identificada con NIT 900.243.279-5, la cual funge como Concesionario en el Contrato de Concesión No. 004 de 2011.

EN CALIDAD DE GARANTES DEL INVESTIGADO

1.2. La aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (En adelante "**ASEGURADORA"**), identificada con NIT 860.009.578-6, garante del contrato de Concesión No. 004 de 2011, según Póliza de Cumplimiento No. 62-44-101004501 Anexo 2.

II. DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

2.1 Del procedimiento administrativo sancionatorio

Mediante memorando 20223030077453 del 16 de junio de 2022 y su alcance, Memorando No. 20223030102683 del 22 de agosto de 2022, el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI solicitó a la Gerencia de Sancionatorios de la ANI iniciar el procedimiento administrativo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 contra la sociedad PUERTO HONDO por presuntos incumplimientos de obligaciones previstas en el contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011 que, de encontrarse probados, darían lugar a declarar la caducidad de dicho contrato de concesión N° 004 de 2011.

Que mediante oficio con radicado N° 20237070107341 del 31 de marzo de 2023, se citó a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión del presunto incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011 referidos al plan de inversión, operación del puerto, pago de la contraprestación, garantías contractuales y entrega de información al concedente.

Que mediante Autos Nos. 20237070000836 del 13 de abril de 2023 y 20237070000896 del 18 de abril de 2023 se reprogramó hora y fecha para llevar a cabo la audiencia de instalación.

Que la audiencia de instalación de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tuvo lugar el día 3 de mayo de 2023, por medio de la aplicación Microsoft Teams, en la cual se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse. En aquella misma, el Concesionario y su Garante, mediante Apoderados, presentaron sus descargos, y el primero de los mencionados aportó y solicitó pruebas para que fueran tenidas en cuenta

Documento firmado digitalmente
GTEC

dentro de la actuación, solicitudes probatorias que fueron coadyuvadas en su totalidad por la apoderada de su aseguradora.

Que con ocasión de las solicitudes probatorias adelantadas por el apoderado del concesionario y el análisis que se adelantó por el Despacho de las argumentaciones propuestas por los convocados, se profirió el Auto de pruebas N° 20237070001306 del 13 de junio de 2023. En la misma fecha, y ante la existencia de un error en la programación que se hiciera del testimonio, fue emitido Auto N° 20237070001336, en el que se aclaró la fecha prevista para la práctica de la prueba testimonial.

Que el 29 de junio de 2023 se llevó a cabo audiencia en la que se recepcionaría el testimonio, sin embargo, y ante la falta de comparecencia del testigo, el Despacho procedió a prescindir de la prueba testimonial, acudiendo a lo indicado en el auto de pruebas inicial.

Que la apoderada de la sociedad concesionaria, el 25 de julio de 2023, a través de correo electrónico, allegó la prueba pericial decretada por el Despacho; una vez revisada la misma, se encontró que carecía de algunos requisitos formales dispuestos en el artículo 226 del CGP. En consideración a ello, se solicitó el respectivo ajuste a la apoderada del concesionario, lo que aconteció mediante correo electrónico del 1 de agosto de 2023.

Que en atención a lo solicitado por el Despacho, la apoderada allegó el dictamen pericial ajustado mediante correo electrónico del 2 de agosto de 2023.

En consideración a que fue allegado el dictamen pericial en debida forma fue emitido Auto N° 20237070001726 del 3 de agosto de 2023, por medio del cual se incorporó el mismo y, adicionalmente, se decretó una prueba de oficio a la supervisión del proyecto.

Que en atención a la prueba decretada la Gerencia de Proyectos Portuarios y la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual emitieron el memorando 20233080132823 del 5 de septiembre de 2023, con el asunto *"Puertos- Pronunciamiento Financiero al Dictamen Pericial aportado por la Sociedad Portuaria Hondo S.A. al proceso administrativo sancionatorio expediente 20227070320700037E***."**

Dentro del plazo otorgado, la apoderada del concesionario descorrió traslado, mediante correo electrónico del 25 de septiembre de 2023.

2.2 De las pruebas y hechos que originaron la actuación.

A continuación, se relacionan todas las pruebas recaudadas en la actuación y que serán tenidas en cuenta para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento, partiendo, para el efecto, del Informe de la Supervisión que dio lugar al inicio del presente trámite sancionatorio, al poner en conocimiento de esta Gerencia un posible incumplimiento de varias de las obligaciones a cargo del Concesionario.

Documento firmado digitalmente
GTEC

2.2.1. Informe de la supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011 celebrado entre la ANI y la SOCIEDAD PUERTO HONDO

La solicitud de inicio de la actuación administrativa tuvo como fundamento los memorandos 20223030078453 del 21 de junio de 2022 y su alcance memorando 20223030102683 del 22 de agosto de 2022, en los que se describieron las situaciones de presunto incumplimiento que se presentaron y que, de declararse probados, generarían la caducidad del contrato.

(i) Solicitud de Inicio de procedimiento administrativo sancionatorio contractual

A partir del informe anteriormente reseñado, la Vicepresidencia de Gestión Contractual, allegó las siguientes pruebas documentales:

1. Resolución No. 227 de 22 de junio de 2010, por la cual se otorga una concesión portuaria.
2. Resolución No. 083 de 22 de febrero de 2010, por la cual se aprueba un trámite de concesión portuaria.

Contractuales

1. Contrato de concesión Portuaria 004 de 2011

a) Pruebas relacionadas con la presunta No ejecución del plan de inversiones

1. Resolución No. 597 del 18 de mayo de 2020.
2. Resolución No. 1290 del 18 de mayo de 2020.
3. Comunicación No. 2012-409-035983-2 del 27 de noviembre de 2012.
4. Comunicación No. 2013-409-007843-2 del 28 de febrero de 2013.
5. Comunicación No. 2013-409-030455-2 del 1 de agosto de 2013.
6. Memorando No. 2013-303-008423-3 del 28 de octubre de 2013.
7. Memorando No. 2014-308-000666-3 del 21 de enero de 2014.
8. Memorando No. 2014-705-002301-3 del 13 de marzo de 2014.
9. Comunicación No. 2014-409-044867-2 del 16 de septiembre de 2014.
10. Oficio de salida No. 2014-705-023579-1 del 3 de diciembre de 2014.
11. Oficio de salida No. 2015-303-007292-1 del 9 de abril de 2015.
12. Comunicación No. 2015-409-052369-2 del 25 de agosto de 2015.
13. Oficio de salida No. 2016-303-021337-1 del 19 de julio de 2016.
14. Comunicación No. 2016-409-074648-2 del 25 de agosto de 2016.
15. Memorando No. 2016-303-010693-3 del 2 de septiembre de 2016.
16. Memorando No. 2016-308-010979-3 del 9 de septiembre de 2016.
17. Memorando No. 2016-303-011222-3 del 16 de septiembre de 2016.
18. Oficio de salida No. 2016-303-028644-1 del 16 de septiembre de 2016.

Documento firmado digitalmente
GTEC

19. Oficio de salida No. 2016-701-037669-1 del 2 de diciembre de 2016.

b) Pruebas relacionadas con la presunta No operación del terminal portuario

1. Oficio de salida No. 2012-303-009516-1 del 2 de agosto de 2012.
2. Comunicación No. 2012-409-035983-2 del 27 de noviembre de 2012.
3. Oficio de salida No. 2015-303-007292-1 del 9 de abril de 2015.
4. Comunicación No. 2016-409-074648-2 del 25 de agosto de 2016.
5. Memorando No. 2016-303-010693-3 del 2 de septiembre de 2016.
6. Resolución No. 1023 del 10 de julio de 2019.
7. Resolución No. 158 del 5 de febrero de 2020.
8. Oficio de salida No. 2019-303-039984-1 del 19 de noviembre de 2019.
9. Oficio de salida No. 2019-303-039985-1 del 19 de noviembre de 2019.
10. Oficio de salida No. 2019-303-039990-1 del 19 de noviembre de 2019.
11. Oficio de salida No. 2019-303-040843-1 del 27 de noviembre de 2019.
12. Oficio de salida No. 2019-303-040845-1 del 27 de noviembre de 2019.
13. Comunicación No. 2019-409-134829-2 del 24 de diciembre de 2019.
14. Comunicación No. 2020-409-123707-2 del 9 de diciembre de 2020.
15. Oficio de salida No. 2021-605-004011-1 del 12 de febrero de 2021.
16. Comunicación No. 2021-409-067509-2 del 18 de junio de 2021.

c) Pruebas relacionadas con presuntamente No mantener vigentes las garantías contractuales

1. Oficio de salida No. 2021-303-020418-1 del 6 de julio de 2021.
2. Oficio de salida No. 2021-303-022423-1 del 26 de julio de 2021.
3. Memorando No. 2021-303-014972-3 del 12 de noviembre de 2021.

De la garantía:

- Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 62-44-101004501 Anexo 2, con fecha de 28 de octubre de 2016, expedida SEGUROS DEL ESTADO S.A.

(ii) De las pruebas recaudadas en la actuación sancionatoria.

Durante el curso de la actuación se incorporaron a la misma las siguientes pruebas allegadas por el Concesionario, de las cuales se dio traslado a las garantes, bien en audiencia o por fuera de ella, para que pudieran ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Pruebas aportadas por el Concesionario.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

En la audiencia de presentación de descargos el Concesionario aportó las siguientes pruebas, las cuales fueron incorporadas a la actuación:

1. Radicado 2015-409059148-2 del 17 de septiembre de 2018 (se encuentra en la ANI allegados con la investigación administrativa 2018-101-003276-1 del 5 de febrero de 2018)
2. Radicado 2015-409-059148-2 del 17 de septiembre de 2015 (se encuentra en la ANI allegados con la investigación administrativa 2018-101-003276-1 del 5 de febrero de 2018)
3. Radicado 2017-409-115103-2 del 26 de octubre de 2017 (se encuentra en la ANI allegados con la investigación administrativa 2018-101-003276-1 del 5 de febrero de 2018)
4. Resolución 3028 de 2009 (se encuentra en la ANI en el proceso administrativo sancionatorio iniciado con el radicado 2016-701-037669-1 del 2 diciembre de 2016)
5. Resolución 1020 de 2016 (se encuentra en la ANI en el proceso administrativo sancionatorio iniciado con el radicado 2016-701-037669-1 del 2 diciembre de 2016)
6. Resolución 919 de 2016 (se encuentra en la ANI en el proceso administrativo sancionatorio iniciado con el radicado 2016-701-037669-1 del 2 diciembre de 2016)
7. Resolución 150 de 2014 (se encuentra en la ANI en el proceso administrativo sancionatorio iniciado con el radicado 2016-701-037669-1 del 2 diciembre de 2016)
8. “Alertas tempranas, informe de riesgo para el municipio de Tumaco” de fecha 7 de abril de 2014.Defensoria del Pueblo (se encuentra en la ANI en el proceso administrativo sancionatorio iniciado con el radicado 2016-701-037669-1 del 2 diciembre de 2016)”

Mediante auto de pruebas N° 20237070001306 del 13 de junio de 2023 este Despacho decretó las siguientes pruebas:

1. Derecho de petición ANI (Contraprestación Portuaria)
2. Respuesta Derecho de Petición ANI

Adicionalmente, la apoderada del Concesionario solicitó las siguientes pruebas:

1. Un dictamen pericial que le permitiera aportar una experticia de parte realizada por un profesional especializado, con el fin de que establezca la existencia y la diferencia entre:

   (i) El cálculo de la contraprestación portuaria a pagar por SPPH en el marco de la proyección de la liquidación financiera de la contraprestación

Documento firmado digitalmente
GTEC

portuaria realizada respecto de las obligaciones contractuales previstas inicialmente en el Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011;

(ii) El cálculo de la contraprestación portuaria a pagar por SPPH a partir de la aplicación de la nueva metodología establecida en el Anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, desde la materialización de la cláusula 10.11 del citado contrato de concesión.

2. El testimonio del señor Ernesto Ruiz quien fue el Gerente del Terminal de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo, para que emitiera su concepto sobre las condiciones del terminal.

a) Prueba documental informe del equipo de supervisión del proyecto

En atención a la prueba pericial que fuera allegada por la apoderada de la sociedad concesionaría, este Despacho emitió el auto 20237070001306 del 13 de junio de 2023 por medio del cual incorporó el dictamen pericial y, adicionalmente, decretó de oficio un pronunciamiento respecto de este por parte del equipo de supervisión del proyecto.

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. Descargos del Concesionario

La apoderada de la sociedad Concesionaria presentó sus descargos, que de acuerdo con su versión oral y escrita se concretan en los siguientes argumentos:

Inició sus argumentaciones haciendo un recuento de los antecedentes del contrato y puntualizó que conforme a lo previsto en la Ley 1ª de 1991 y el Decreto 838 de 1991, se realizó una evaluación financiera del proyecto por parte del entonces Instituto Nacional de Concesiones - *INCO*, en donde se señaló que; *"(…) Para el caso de PUERTO HONDO se utilizó una estructura financiera fija del 60% Equity y 40% deuda, arrojando un WACC* (Costo Promedio Ponderado de Capital por sus siglas en inglés) *del 11,05%. Sin embargo, atendiendo lo estipulado en la resolución 596 y la 873 que modificó la anterior en su artículo cuarto, la rentabilidad mínima de un proyecto portuario no puede ser menor al 12%. Por esta razón para un WACC menor a este porcentaje, se utilizó para el cálculo de la contraprestación la tasa mínima ya expresada (12%)"*

Documento firmado digitalmente
GTEC

Afirmó que la evaluación financiera del proyecto fue determinada como una de las consideraciones jurídicas por parte del área legal del INCO, que debía y deben incorporarse al modelo financiero.

Adicionalmente, indicó que en la Resolución 083 del 22 de febrero de 2010, se señaló en el parágrafo primero del artículo 9º que "*en el evento que la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. solicite modificación del plan de inversiones aprobado en esta resolución, debía garantizar que el VP (Valor Presente) de las inversiones, sea igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 12.00% anual (WAAC EN CORRIENTES).*"

Adicionalmente mencionó que mediante Resolución No. 227 del 22 de junio de 2010, el INCO fijó las condiciones en las que se otorgó la concesión, dentro de las que determinó las condiciones del valor de la contraprestación portuaria. En línea con lo referido, adujo que el contrato de concesión tiene un Anexo B, que comprende la Resolución No. 227 de junio de 2010, la Resolución No. 083 de 2010 que otorgó la concesión, en las que se consideraron las condiciones financieras del contrato de concesión y que determinaron, para los contratantes, un equilibrio contractual en los términos de Decreto 2688 de 1993 y el artículo 6.1.2.1 del Decreto 474 de 2015.

Recordó que el contrato de concesión portuaria incluyó una cláusula que modificaba de manera unilateral y sin ningún tipo de evaluación financiera, el monto de contraprestación portuaria. Sin embargo, de manera contradictoria a las actuaciones surtidas por parte de la ANI en la etapa precontractual, se materializó al incluir en el contrato, dos cláusulas abiertamente distintas, toda vez que mientras la primera, defendía la necesidad de conservar el equilibrio económico del contrato en virtud de los principios de la contratación estatal, la segunda, prevista en el numeral 10.11 de las Condiciones Generales del citado contrato, hizo referencia a la imposición de condiciones que no solo no conoce la ANI, sino que a todas luces conlleva a un desequilibrio económico del contrato como bien se le ha dicho sobre su aplicación desde el año 2013.

En tal virtud, con base en la aplicación de la nueva metodología para el cálculo de la Contraprestación portuaria, establecida en el Anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, desde la materialización de la cláusula 10.11, la sociedad concesionaria ha señalado que el contrato de concesión no es viable, esencialmente por los siguientes dos factores:

(a) El valor total estimado a pagar por concepto de contraprestaciones durante el contrato de concesión representa más del 160% de los ingresos brutos de la terminal.
(b) Los flujos de caja son negativos durante todo el horizonte proyectado, por lo tanto, no es posible calcular una tasa de retorno.

Afirmó que el 28 de febrero de 2013, la Sociedad portuaria, a través de la comunicación con radicado ANI 2013-409-030455-2, manifestó, en relación con el inicio del plan de

Documento firmado digitalmente
GTEC

inversiones, que las zonas de uso público entregadas en concesión a la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO se encontraban ubicadas en el muelle pesquero de Tumaco, departamento de Nariño, y dada la crítica situación de orden público en Tumaco teniendo en cuenta las atentados terroristas y la extorsión de la que, afirmó, estaba siendo objeto por parte de las FARC, en aquella oportunidad indicó que fue objeto de actos terroristas por lo que se vio en la necesidad de modificar el domicilio de varios de sus empleados y, a raíz de ello, justificó la baja en la operatividad del puerto.

Respecto de los riesgos contractuales mencionó que se previó que estaban a cargo del CONCEDENTE, a partir de la fecha de suscripción del CONTRATO, el riesgo por los efectos favorables o desfavorables derivados del acaecimiento de eventos no asegurables de fuerza mayor. En ese sentido, El CONCEDENTE asumiría los mayores costos y plazos a causa del daño emergente causado por la ocurrencia de hechos relacionados con Actos terroristas.

Sin embargo, menciona que la ANI ignoró las distintas comunicaciones enviadas por el concesionario, en las que se puso de manifiesto la situación de orden púbico, incluso la última en febrero de 2020 – Presentación Gobierno Nacional -, en la que relató las diferentes oportunidades en que se informó a la ANI de las situaciones de orden público que se han presentado en Tumaco de manera constante por su ubicación y que han afectado de manera grave el proyecto portuario en el periodo comprendido entre 2013-2014 y 2017-2018.

Indicó que fueron encontradas dos personas muertas en las instalaciones o terrenos aledaños al puerto, y que esta situación ha sido informada por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A, desde el año 2013 a la entidad concedente, y sin embargo, la ANI se ha limitado a solicitar pruebas que demuestren la problemática propuesta.

Mencionó que como pruebas se allegó un informe emitido por la Defensoría del Pueblo (entidad estatal encargada de los derechos y prevención de riesgos de violaciones de derechos humanos) denominado *"Alertas Tempranas, informe de riesgo para el municipio de Tumaco"* de fecha 7 de abril de 2014, en el que se abarca el tiempo transcurrido entre el año 2012 y el 2014.

En este punto, aseveró que, a lo largo de la investigación administrativa iniciada por el incumplimiento al plan de inversiones, mediante informe que emitiera la supervisión del proyecto mediante radicado 2019-303-006930-3 del 9 de mayo de 2019 se corroboró la existencia de obras en el puerto, pero que las mismas no podrían ser imputadas al Plan de Inversiones desde el punto vista financiero, por falta de los soportes. Por ello solicitó hacer una verificación real de las obras existentes sin que se tengan en cuenta los soportes financieros de las mismas.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Recordó que la actuación administrativa finalizó con la declaratoria de incumplimiento respecto de la cláusula 5.4 de la parte especial del Contrato de Concesión 004 de 2011, sin que se tuviera en cuenta que el concesionario adelantó la modernización, reparaciones y adecuaciones de las instalaciones portuarias diferentes a las previstas en el Plan de Inversiones contractualmente pactado.

Afirmó que al existir un avalúo realizado por el INVIAS para efectos de hacer entrega del puerto y que fuera utilizado para la elaboración del modelo financiero, se hace necesario realizar una comparación entre la información del avalúo inicial y las obras que actualmente se encuentran en las instalaciones del puerto, lo que permitiría demostrar el cumplimiento de la cláusula 5.4 de la parte especial del contrato de concesión, en atención a que las obras a que hizo alusión la ANI, fueron reportadas por la sociedad concesionaria mediante radicado 2013- 409-045005-2 del 7 de noviembre de 2013 y que ascendían a la suma de $1.445.900.784,73 pesos, por lo que era necesario adelantar una comparación entre la información del avalúo inicial y las obras que actualmente se encuentran en las instalaciones del puerto.

Hizo referencia a que la estimación de la multa impuesta en la investigación administrativa por presunto incumplimiento del plan de inversiones fue errada en razón a que la cláusula octava del contrato fijó el valor del mismo en una suma de USD$ 675.402 y si bien, para el momento de suscripción del contrato correspondía al valor de la contraprestación, el valor de esta última varió con la expedición del CONPES 3744 de 2013, no existe prueba ni antecedentes contractuales, que demuestren que se accedió al cambio del valor del contrato.

Seguidamente, la apoderada del concesionario se refirió al procedimiento administrativo sancionatorio iniciado con ocasión de la falta de operación del Terminal portuario. Al respecto, afirmó que la ANI imputó la vulneración de la cláusula quinta del Contrato de Concesión 004 de 2011 en atención a que Puerto Hondo se encontraba obligado no sólo a operar el puerto, sino a suministrar, los informes del volumen de carga movilizada por tipo de esta. Pese a ello, dentro de la estrategia de defensa propia de las investigaciones administrativas, se señaló que el inicio de esta investigación se hizo bajo la premisa de la no operación del puerto; sin embargo, al momento del fallo y para efectos de la imposición de la multa, se hizo mención en la Resolución 1023 del 10 de julio de 2019, a cargos nuevos que generaron como resulta lógico, una violación al debido proceso toda vez que no tuvieron oportunidad de controvertir ni ejercer el derecho de defensa.

De otra parte, hizo referencia al procedimiento administrativo sancionatorio que fuera iniciado con ocasión de la falta de pago de la contraprestación portuaria, como problema jurídico principal de este Terminal portuario, se propuso el desequilibrio económico que generó la imposición del CONPES 3744 de 2011.

Informó que, mediante comunicación de agosto de 2015, la Sociedad Portuaria, respecto a la actualización del cálculo de la contraprestación portuaria, indicó que al margen de la

Documento firmado digitalmente
GTEC

fórmula prevista en el CONPES 3744 de 2013, consideraba que: "*Teniendo en cuenta que con base en la nueva metodología y en el valor calculado por la ANI, se hizo necesario por parte de SPPH efectuar nuevamente una evaluación que estableciera la factibilidad financiera del proyecto, elaborando un modelo financiero con base en la metodología CONPES. Como resultado, una vez evaluado el proyecto presentado por la SPPH que fue la base de negociación del contrato de concesión portuaria, se determinó que el mismo, desde el punto de vista financiero, NO ES VIABLE, teniendo en cuenta que; a) el valor a pagar por concepto de contraprestaciones durante el término restante de la concesión representa el 177% de ingresos brutos del puerto; y b) los flujos de caja se presentan como negativos, durante el horizonte del tiempo proyectado, lo que da como resultado la imposibilidad de cálculo de la tasa interna de retorno (…) Por lo cual, mediante el presente escrito se REITERA la solicitud de consentimiento previo, expreso y por escrito de la ANI, a la alternativa de modificación del plan de inversiones*"

En atención a lo anterior, resaltó que la ANI dio respuesta mediante comunicación 2018-705-030236-1 del 12 de septiembre de 2018 en la que indicó no evidenciar ninguna causal de desequilibrio económico del contrato por cuanto lo ocurrido financieramente fue acordado por las mismas en el documento negocial.

Igualmente, sostuvo que desde el año 2018 la ANI, sin preocuparse por el fuerte desequilibrio económico del contrato que estaba alegando el concesionario desde el momento en que se hizo efectiva esta cláusula 10.11, asumió que el concesionario no había pagado la contraprestación portuaria y concluyó en el último informe de la Gerencia Financiera de fecha 28 de febrero de 2023 y con número de radicado 2023-308-003603-3 que a la fecha se adeuda un total de USD $4.084.961 correspondiente al INVIAS y el Municipio de Tumaco, sumado un valor de $15.585.986.846 de intereses.

Para concluir su pronunciamiento respecto de las actuaciones administrativas de las que ha sido objeto la sociedad concesionaria se refirió a las garantías contractuales del proyecto e indicó que una cosa es que esté en discusión el monto desproporcionado de la contraprestación portuaria a la luz de las fórmulas previstas en el CONPES 3744 y las discusiones zanjadas alrededor de este asunto y otra muy distinta, es que se haya cambiado o variado el monto del valor del contrato como erradamente lo interpreta el área financiera de la ANI y que conlleva bajo esa errada interpretación a suscribir un valor de las pólizas contractuales imposible de amparar para este concesionario.

Culminadas estas precisiones fácticas, la apoderada procedió a indicar la imposibilidad de ejecución del contrato de concesión portuaria, en atención a dos circunstancias:

(i) La situación de orden público imperante en el área de la concesión después de la suscripción del contrato de concesión.

Documento firmado digitalmente
GTEC

(ii) La imposición de una nueva fórmula de contraprestación que no estaba vigente al momento de la suscripción del contrato y el consecuente incremento exagerado del monto de la contraprestación a cargo de **SPPH**.

Para sustentar estos argumentos enunció que ninguno de esos hechos es atribuible al concesionario y tampoco constituyen riesgos que deban ser asumidos por la sociedad concesionaria de acuerdo con las cláusulas contractuales previstas en el Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011, así como las disposiciones legales que regulan el contrato.

1. De la distribución del Riesgo

Para iniciar sus argumentos de defensa, la apoderada dividió este tema del riesgo en dos, como pasa a exponerse:

a) Orden Público

Inicio mencionando que la grave situación de orden público y los atentados terroristas en Tumaco, la ANI ha afirmado que se enmarcan en el riesgo social contenido en la cláusula 9.1.4.20 de las condiciones generales del contrato de concesión portuario, riesgo que debe ser asumido por el concesionario.

Sin embargo, afirmó que el riesgo social, de conformidad con el CONPES 3714 del 2011 fue definido como los "*derivados de cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato."* Por lo que, en su criterio, la situación de orden público y los atentados terroristas no se enmarcan en la definición de riesgo social contenida en el CONPES 3714. Para el concesionario, es la ANI la llamada a asumir los riesgos de actos terroristas, tal y como se encuentra contemplado en la cláusula 9.2.2 de las condiciones generales del contrato de concesión portuaria.

Dijo que el terrorismo y los actos terroristas se encuentran definidos en el código penal colombiano en los artículos 343 y 144 y, adicionalmente que, el Gobierno Nacional ha aceptado y definido que el tipo de violencia que vive el municipio de Tumaco corresponde a actos terroristas.

En tal virtud, afirmó que en múltiples comunicaciones la Sociedad Concesionaria ha dado a conocer a la ANI la grave situación de orden público que atraviesa el Municipio de Tumaco y que ha afectado las operaciones del puerto y que, adicionalmente, la ANI ni siquiera ha considerado estudiar las causas y las consecuencias que acarrean para el Contrato de Concesión, en atención a que la sociedad concesionaria no ha demostrado la existencia de dichos hechos y que, en todo caso, esto es un riesgo que debe asumir el contratista.

Documento firmado digitalmente
GTEC

En relación con el primer argumento de la ANI, sobra decir que es de público conocimiento que en el municipio de Tumaco – Nariño, desde hace varios años comporta una grave situación de orden público, que ha afectado la ejecución contractual del puerto. Para sustentar relacionó algunas noticias que evidencian la situación, e indicó el valor probatorio que le ha dado la jurisprudencia a las publicaciones de prensa, señalando que el Consejo de Estado equiparó los comunicados de prensa a las pruebas documentales.

En este orden de ideas, consideró que se encuentra probado que en el Municipio de Tumaco- Nariño, desde hace más de una década, han existido problemas de alteraciones al orden público, violencias generalizadas y actos terroristas que afectan a todos los sectores y a la población en general.

Ahora bien, alegó que el Contrato de Concesión es claro en establecer que es el CONCEDENTE quien asume el riesgo relacionado con los actos terroristas numeral 9.2.2 y, en este sentido, asumirá los mayores costos y plazos a causa del daño emergente causado por la ocurrencia de dichos hechos.

En línea con lo afirmado mencionó que, en gracia de discusión, si el concedente niega que debe asumir dicho riesgo, en todo caso se configuró el rompimiento del equilibrio económico del contrato.

En este orden de ideas, la sociedad concesionaria no debería asumir las consecuencias que le han generado en la ejecución del contrato de concesión los actos terroristas o alteraciones del orden público que se ha presentado en el Municipio de Tumaco y que le han impedido el desarrollo normal del negocio. En consecuencia, era la ANI la llamada a asumir los riesgos de los actos terroristas que afectan la ejecución del contrato de concesión portuaria y que se enmarcan en el tipo de problemas de orden público que se encuentra viviendo el municipio de Tumaco. Aseveró no entender como no asumir este riesgo cuando es el propio Gobierno Nacional quien define que el municipio de Tumaco se encuentra viviendo problemas de orden público por actos terroristas, y en realidad se pretenda que la sociedad Portuaria sea a quien le corresponda “probar” ante la ANI, la ocurrencia de los mencionados hechos.

2. Riesgos contractuales en materia de concesiones portuarias

En su exposición mencionó el Concesionario que, bajo el modelo de concesión portuaria, el concesionario se hace cargo de todos los riesgos del proyecto, y tendría como límite la previsibilidad del acontecimiento, es decir que en el supuesto en que un riesgo, se desbordara de sus cauces previsibles- como es el caso de este contrato de concesión- era posible considerar, como se ha alegado desde años atrás por parte de la concesionaria, una revisión del contrato para amortiguar sus efectos, en lo que se compruebe que desborda el límite de lo que razonablemente pudieren tener en cuenta las partes al contratar.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Agregó que, en materia de riesgos, debía acudirse al principio general de la ecuación contractual previsto en el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 respecto de la distribución contractual de los mismos en vista de que por el hecho que la Sociedad concesionaria aprobara la suscrición del contrato de concesión, no puede la ANI entender que pueda desentenderse de la situación solo porque el concesionario deba soportar el efecto adverso de lo que implica una fórmula de contraprestación tres veces más alta de la prevista en el modelo financiero del proyecto portuario; lo que debió ocurrir es que entre las partes se definieran las medidas que se pudieran adoptar para amortiguar el efecto dañino que se ha causado para el concesionario, de cara a la posibilidad de mejorar su situación y atenuar la afectación.

En ese sentido, aseveró que la política pública en materia de distribución de riesgos en contratos estatales ha sentado preceptos en los que la previsibilidad de los riesgos genera la posibilidad de establecer responsabilidades y tratamientos específicos en su asignación y mitigación. Por lo cual, concluyó que en materia de riesgos, la circunstancia de que en el contrato de concesión No. 004 de 2011, no se hayan contemplado medidas específicas de mitigación, no quiere decir que ellas no puedan considerarse por las partes del contrato a fin de que logren la búsqueda de soluciones que resuelvan, o al menos atenúen lo ocurrido, sin que ello comporte una reasignación de riesgos.

Ante lo expuesto, resaltó que el artículo 28 de la Ley 80 de 1993 indica la posibilidad de implementación de nuevas medidas de mitigación de los riesgos, sin que deban estar contempladas en el contrato de concesión, pues dicho deber de conducta tiene respaldo en el principio de buena fe, que su vez tiene reconocimiento expreso como génesis de la interpretación de las reglas contractuales.

3. El desequilibrio económico del contrato para la SPPH al aplicar la fórmula de contraprestación portuaria prevista en el CONPES 3744 de 2013

Para exponer su argumento de defensa, la apoderada del concesionario mencionó que la Ley 1ª de 1991 establece el marco con sujeción al cual el Estado debe desenvolver su actividad en el campo portuario, el artículo 2º de la referida Ley establece que, respecto de los planes de expansión portuaria, de tiempo en tiempo, el Consejo Nacional de Política Económica y Social – CONPES debe presentar al Ministerio de Transporte, propuesta respecto de *"las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias"*

A partir de allí ha surgido el problema jurídico que ha conllevado el abrupto desequilibrio económico del contrato y, por ende, el no pago de la contraprestación, teniendo en cuenta que según lo dispone el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991, no está reservado a la discreción de las partes contratantes, abordar la cuestión de la contraprestación portuaria a reconocer con base en una directriz o lineamiento diferente al que establece la norma

Documento firmado digitalmente
GTEC

mencionada, la cual, vista en conjunto con el artículo 2º de la misma Ley, contiene un mandato al cual han de sujetarse las partes y, particularmente, la entidad concedente.

En línea con lo expuesto, indicó que en el artículo 21.9 del Decreto 4735 se establece que los contratos de concesión portuaria deben contener "*la obligación del concesionario de pagar el monto de la contraprestación fijada, acorde con las fórmulas y metodología definidas en la política sobre contraprestaciones*" por lo que en caso de incluirse un ajuste a la contraprestación con ocasión de una modificación, deberán observarse las normas vigentes al momento en que esa contraprestación se negocie, no solo porque en materia de modificaciones al contrato deben observarse las reglas que se tendrían que aplicar si de celebrar un contrato inicial de concesión de tratare, sino porque la Ley 1ª de 1991 en su artículo 7º no hace ninguna diferenciación en cuanto a su aplicabilidad obligatoria.

Añadió que la afirmación propuesta es relevante en tanto que la ANI ha adoptado una tesis errada de aplicar por la fuerza la metodología de la contraprestación dispuesta en el CONPES 3744 de 2013 sin importar el desequilibrillo económico del contrato y, por ende, hacer efectivo el pago de unas sumas exorbitantes que no corresponden a la realidad contractual del concesionario, por lo que se estaría llegando al extremo de sostener que, la ANI, en ejercicio de la autonomía dispositiva, puede imponer a sus concesionarios, en aras de ajustar la contraprestación portuaria, una metodología de contraprestación que rigió en el pasado, o una novedosa que no se haya adoptado en reglamentación alguna, o ninguna metodología, sino un criterio diferente del área financiera de la ANI.

Respecto del no pago de la contraprestación portuaria, indicó que la ANI asumió que hay lugar al pago de la contraprestación plena teniendo en cuenta la cláusula 10.11 del Contrato de Concesión No. 004 de 2011, desconociendo el desequilibrio económico del contrato acorde a los estudios financieros que demuestran tales diferencias. Sin embargo, las disposiciones cuya observancia resultan obligatorias, son las vigentes al momento de la suscripción del contrato, tal y como lo señala el reconocido artículo 38 de la Ley 153 de 1887.

Afirmó que el contrato fue suscrito en el año 2011, y la metodología CONPES saldría dos años después, en el año 2013, por lo que no era admisible pasar las fronteras que demarcan su propia capacidad dispositiva, esto es, no estaba permitido, derogar a través de una estipulación contractual, las normas vigentes al momento de celebración del contrato; sobre este punto recuerda que en el Código de Comercio se sanciona con nulidad absoluta el negocio jurídico celebrado contrariando una norma imperativa.

Acudió a lo dispuesto en el artículo 1519 del Código Civil, el cual dispone que hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público de la Nación. En consecuencia, para nuestro caso, el CONPES 3744 de 2013, adoptado como norma mediante el Decreto 1099 de 2013, determinó que su aplicación estaría circunscrita a los contratos de concesión que se celebren en vigencia del plan de expansión portuaria acogido en ese

Documento firmado digitalmente
GTEC

documento CONPES, o a los contratos de concesión celebrados previamente, pero en el evento en que se vaya a efectuar una modificación sustancial de un contrato celebrado con anterioridad, ello supone que la modificación se adopte bajo la vigencia de la reglamentación que acoge el mencionado CONPES. En consecuencia, se debe partir para efectos de esta investigación con fines de caducidad, de que la ANI ni tenía la facultad legal, ni la capacidad dispositiva para negociar un contrato de concesión portuaria, en el que se dispusiera la aplicación de una metodología diferente a la contenida en la reglamentación vigente al momento de suscribir el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, entre otras cosas, porque la entidad concedente desconocía los términos de las nuevas fórmulas de contraprestación y, por ende, no sabía la forma en la que afectaría económica y financieramente a cada concesionario - por ejemplo con el manejo de carga (no será lo mismo la imposición de esta fórmula para terminales cuyos productos son los hidrocarburos que para aquéllos – como los de mi representada- cuya materia prima única corresponde a la pesca-).

Afirmó que la noción de equilibrio contractual en los contratos celebrados por entidades públicas implica el mantenimiento, durante la ejecución, de la equivalencia entre obligaciones y derechos que se establecieron por las partes al momento de su celebración.

En virtud de lo expuesto, advirtió que el Consejo de Estado determinó que el principio del equilibrio económico del contrato, con ocasión del interés jurídico protegido, irradia todo tipo de relación contractual independientemente del régimen normativo que se le aplique. En este sentido, la conmutatividad se da sobre la base de referentes objetivos que nos aproximen a puntos reales de equilibrio económico y no de supuestos convencionales, derivados de la autonomía de la voluntad. Bajo este entendido, no sólo se aplica en el contrato estatal la teoría del equilibrio económico al momento de proponer o celebrar el contrato, sino que comporta la obligación para las partes de restablecer el equilibrio quebrantado.

Refirió que pueden ser varios los detonantes de la ruptura del equilibrio contractual dentro de los que encontramos: (a) causas imputables a las entidades públicas o (b) hechos imprevisibles y extraños a las partes. Para el caso concreto los hechos se resumen en que: (a) Entre las Partes se firmó un contrato de concesión portuaria en donde los documentos de solicitud de la sociedad concesionaria y otorgamiento por parte de la ANI, se encontraban cimentados sobre hechos financieros definidos. (b) en el contrato de concesión portuaria existe la cláusula 10.11 en donde se determina: *"Teniendo en cuenta que el Ministerio de Trasporte se encuentra adelantando un estudio para la modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación portuaria, si la reglamentación correspondiente no ha sido expedida al momento de suscribirse el presente Contrato, el concesionario acepta que deberá acogerse a ella de manera inmediata, a partir de su expedición.*"(c) Con base en lo anterior, para la ANI cambiaron las condiciones de cálculo de la contraprestación portuaria y quieren darle aplicación automática al contrato de

Documento firmado digitalmente
GTEC

concesión. (d) En caso de que la ANI le dé aplicación a dichas condiciones, la concesión no tiene viabilidad económica alguna.

En conclusión, el detonante de la ruptura del equilibrio contractual para la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. fue la expedición del CONPES 3744 de 2013, sumado a la cláusula contractual de aplicación automática de la formulación contenida en el CONPES 3744 de 2013, por lo que el deber de la ANI era restablecer el equilibrio en los términos en los cuales pueda conservarse la rentabilidad del negocio que inicialmente le fue presentado a la ANI y aprobado por la misma entidad.

En consideración a lo anterior, la ANI informó a la concesionaria que el valor de la contraprestación fue modificado, y bajo esa premisa debería pagarse en adelante una suma anual equivalente a USD $ 556.836 en contraposición a la suma que venía pagando de USD $80.734

4. Otrosí contractual

Nuevamente mencionó que la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. inició bajo el amparo de la Ley 1 de 1991, así como los decretos reglamentarios sobre la materia. Dentro de los requisitos necesarios para la presentación de la *"solicitud de concesión portuaria*" se establece la necesidad de radicar una *"Evaluación Financiera del Proyecto"*. Dicha *"Evaluación Financiera del Proyecto"* fue presentada por la sociedad portuaria.

Por su parte, el INCO evaluó la información financiera, llegando a la conclusión que *"atendiendo a lo estipulado en la Resolución 596 y 873, la rentabilidad mínima de un proyecto portuario NO puede ser menor al 12%. Por esta razón para un WACC menor a este porcentaje, se utiliza para el cálculo de la contraprestación la tasa mínima ya expresada de 12%, así SPPH hubiese utilizado un WACC de 11.05%"*

Bajo este escenario financiero, y ante la modificación automática que fuera prevista contractualmente, se generó un desequilibrio contractual que se presenta con el pago de la contraprestación portuaria ya que; (a) La contraprestación representa el 177% de los ingresos brutos de la terminal portuaria y (b) los flujos de caja son negativos durante todo el horizonte de tiempo proyectado, por lo cual se hace imposible calcular una tasa interna de retorno en el plazo respectivo de la concesión. La tasa interna de retorno que el propio INCO evalúo y estableció que las Resoluciones 596 y 873 lo habían fijado en un mínimo de 12%.

Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, por lo que una vez firmado el contrato se expidió el CONPES 3744 el cual, con su aplicabilidad inmediata, alteró la ecuación financiera del contrato en forma anormal y grave, de tal manera que se hizo mucho más oneroso para la Sociedad Portuaria Puerto Hondo el cumplimiento de este,

Documento firmado digitalmente
GTEC

desconociendo la tasa interna de retorno de los proyectos portuarios establecidos en la normatividad vigente en la materia.

Ahora bien, en virtud del principio legal y que se encuentra igualmente contenido en la cláusula 10.1 de las condiciones general del contrato de concesión portuaria, la Administración, en este caso debió restablecer el equilibrio contractual, llevando a la sociedad concesionaria a un punto de no pérdida e interpretando y modificando el contrato de concesión portuaria, en el sentido de eliminar la cláusula 10.11 de las condiciones generales del contrato de concesión.

Enunció que la ANI, tiene las herramientas jurídicas para mantener la ecuación contractual, tal y como se establece en los artículos 27 y 28 de la Ley 80 de 1993. Consideró necesario que se revisaran los artículos 41, 93 y 97 de la Ley 1437 que disponen que la Administración puede revisar sus propios actos, retirarlos o subrogarlos, con el fin de que no afecten de manera desproporcionada a los administrados.

5. **En relación con la decisión de declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011 por el no pago de la contraprestación portuaria por parte de la SPPH.**

Afirmó que el contrato es nulo en razón a la estipulación contenida en la cláusula 10.11 del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en la que se acordó que una vez se expidiera la nueva reglamentación en relación con la contraprestación portuaria en estudio, se aplicaría de manera automática, con miras a recalcular la contraprestación adicional y, por ello, no resulta procedente declarar un incumplimiento con fines de caducidad de la sociedad concesionaria, por no haber pagado la contraprestación a que hubiere lugar con base en la aplicación de la regla que adoptó la metodología del CONPES 3744 de 2013.

Admitió que si bien alegar la nulidad del contrato no es posible en este escenario administrativo sancionatorio, la ANI no tiene facultades para haber declarado el incumplimiento del contrato y ahora mismo con fines de caducidad, toda vez que la obligación de pago de la contraprestación prevista en los términos de la cláusula 10.11 del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011 es determinable, lo que significa que no estaba determinada al momento de suscribir el contrato de concesión.

La cláusula contiene una declaración que una de las partes hace y que la sociedad concesionaria aceptó que sea aplicada de inmediato al contrato, pero indicó que su inclusión pretendía abrir el camino a una revisión de la contraprestación adicional que se había pactado en la cláusula 10.11 del Contrato de Concesión 004 de 2011, lo que es distinto a sostener que la cláusula contiene la asunción por la sociedad concesionaria de determinar el valor a reconocer y pagarlo de inmediato, que es lo que dice la ANI y desata el incumplimiento de una obligación de hacer que, en realidad, no contrajo.

Documento firmado digitalmente
GTEC

El hecho de la posibilidad del reajuste de la contraprestación, que es la finalidad última a la que apunta esta cláusula contractual, supone que la obligación del concesionario de pagarla depende de un hecho futuro e incierto, como lo es la expedición de la nueva reglamentación, el cual después debía conducir a aplicación de la metodología contenida en la nueva reglamentación, en un ejercicio que le competía hacer a las partes mancomunadamente, para lo cual se debía recaudar la información exigida y desarrollar el modelo financiero para hallar el resultado correspondiente.

Por lo cual, solo después de haberse determinado el valor de la contraprestación, existiría una obligación dineraria susceptible de ser pagada por la Sociedad Portuaria, antes no. Considera que puede afirmarse que la ANI, al parecer entendió que estaba en posibilidad de definir unilateralmente el valor de esta contraprestación. Sin embargo, como en el contrato de concesión celebrado con la Sociedad Portuaria Puerto Hondo, la contraprestación inicial a reconocer fue estipulada en el Contrato de Concesión, éste no incluyó una cláusula que le diera poder unilateral de determinación a la entidad concedente.

En consecuencia, se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor, porque, si la insatisfacción no es atribuible al deudor, ha de hablarse de *"no cumplimiento"* y esta situación, por regla general, no da lugar a responsabilidad civil.

En conclusión, determinó que hasta la fecha no se ha acreditado la exigibilidad de la obligación correspondiente al pago de la contraprestación de que trata la cláusula 10.11, pues para que ello fuera exigible, era necesario probar que la obligación cuyo pago se reclama por parte de la ANI estaba debidamente determinada y que era exigible.

El modelo financiero de valoración de la TIR – TASA INTERNA DE RETORNO - no funciona sino se tiene una inversión que considerar, debido a que la inversión se efectuó en un momento anterior a la fecha de corte que se adoptó para hacer el ejercicio del modelo financiero previo a la suscripción del contrato de concesión en el año 2011 y esto es así porque el objetivo del ejercicio es evaluar la factibilidad económica de recuperar una inversión en un tiempo determinado y con un flujo de ingresos y gastos estimados, así como establecer la rentabilidad susceptible de obtenerse respecto de dicha inversión.

Para sustentar la improcedencia técnica de aplicar la metodología prevista en el CONPES 3744 de 2013 y la no rentabilidad del negocio para la Sociedad Portuaria, es preciso traer a colación, un documento elaborado por la misma ANI, denominado "*acta de análisis aplicación factor de ajuste opcional "Alpha" de la metodología de contraprestación del CONPES 3744 de 2013 a los contratos de concesión portuaria con cláusula de aplicación inmediata"*, con radicado 2014-409-005161-9, en el cual se lee:

Documento firmado digitalmente
GTEC

> "*Por definición, la Tasa Interna de Retorno (TIR) es la tasa que iguala la suma del valor presente de las instalaciones y gastos con la suma del valor presente de los ingresos proyectados. En aquellos proyectos que ya fueron realizadas las inversiones, no habrá una suma presente de las inversiones que contrapese el valor de los ingresos, haciendo que la TIR sea indeterminada. Bajo ese escenario, no es posible llegar a un cierre financiero del modelo*"

De la cita efectuada destacó que la misma ANI, puso en evidencia la dificultad de aplicar la metodología del CONPES 3744 de 2013 a aquellos contratos en que se había pactado la cláusula de aplicación inmediata. La razón por la que se realizó este análisis por el área financiera de la ANI, suponemos fue en razón a que, de no hacerse una proyección integral, tomando en cuenta la totalidad de los flujos del proyecto desde el comienzo (ingresos totales, gastos totales e inversiones realizadas), los proyectos portuarios no debían considerarse, dado que si se suscribieron los mismos para el año 2011, es lógico que frente a la incertidumbre de condiciones financieras desconocidas que serían aterrizadas dos años después a la suscripción del contrato de SPPH, es natural que los proyectos portuarios no fueran viables. En otros términos, la ANI no puede alegar ahora, que por el hecho de haberse suscrito la cláusula 10.11, ello conlleva a la aceptación de las partes, toda vez que, aunque esto es cierto de forma parcial, no puede olvidarse que estábamos frente a una obligación indeterminada como bien se expuso en párrafos anteriores.

6. Sobre el valor del contrato.

Refirió que la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato de concesión portuaria establece la forma en la cual deberá calcularse el valor del contrato con base en lo que se establezca en las condiciones específicas, y la cláusula octava de las condiciones específicas del contrato de concesión portuaria fijó el valor del contrato en la suma de USD$675.402, que para el momento correspondía al valor de la contraprestación, pero que no necesariamente deberá ser el mismo.

La cláusula 10.11 de las condiciones generales del contrato de concesión portuaria estableció que el cálculo de la nueva contraprestación deberá ser "acogido" por el concesionario, pero dicha cláusula nunca establece que dicho valor también modificará el valor del contrato.

En su interpretación de las disposiciones contractuales mencionó que el valor del contrato no ha sido modificado, ya que había sido fijado en la cláusula 8 de las condiciones específicas, por lo que la administración no puede interpretar su modificación de manera unilateral, ya que esto constituiría un abuso del poder en la interpretación de las condiciones contractuales pactadas.

Documento firmado digitalmente
GTEC

3.2. Descargos de la Aseguradora

La apoderada de la aseguradora presentó sus descargos, para ello coadyuvó la solicitud de cerrar la actuación administrativa sancionatoria en atención a los argumentos propuestos por la apoderada del concesionario y sus solicitudes probatorias.

Respecto de sus argumentaciones hizo referencia a la existencia de desequilibrio económico del contrato y la alteración del orden público, lo cual se enmarca en situaciones eximentes de responsabilidad por lo que estas situaciones no estarían amparadas por la póliza de cumplimiento.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

4.1. Respecto de la competencia para emitir el presente acto administrativo.

Las atribuciones para el reconocimiento, imposición y cobro de sanciones pecuniarias, tiene su sustento en la conquista misma de los fines de la contratación estatal contemplados en el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, permitiendo según su artículo 4º, que se adelanten todas las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y de las garantías a que hubiese lugar.

En apoyo de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la facultad para imponer las multas pactadas en el contrato, declarar su incumplimiento e incluso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el pacto contractual. Es así, como en virtud del principio rector del debido proceso, es obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantice los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, asegurar que la decisión este precedida de audiencia del afectado.

Así las cosas, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció el procedimiento que deben adoptar dichas entidades para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios-, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, incluida la caducidad, y hacer efectiva la cláusula penal, eventos en los cuales, igualmente puede hacer efectiva la garantía conforme lo señalado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.

Al respecto es pertinente indicar que el Consejo de Estado[1] ha señalado que *"…el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cauce procedimental para la declaratoria de caducidad."*

[1] CE, S3, Sb. C, C.P. Enrique Gil Botero, veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

Documento firmado digitalmente
GTEC

Por su parte, el numeral 37 del artículo 11 del Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, modificado por el Decreto 746 de 2022, en concordancia con lo dispuesto en la Resolución ANI 475 de 24 de agosto de 2012, establece que serán funciones del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras, la de *"orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y, en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias"*, igualmente el numeral 19 del referido artículo estableció como función del Presidente de la ANI *"Imponer multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos"*.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución ANI No. 20221000007275 de 3 de junio de 2022, el Presidente de la Agencia, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, delegó en el *"En el Vicepresidente Jurídico y en el Gerente de Proyecto o Funcional Código G2 Grado 09 con funciones de Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, adelantar y decidir los procesos administrativos sancionatorios contractuales, declarar el incumplimiento, imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así como la facultad de resolver los recursos que contra ellas se impongan conforme la Ley 1437 de 2011."*

Es por lo anterior que, respecto del Contrato de Concesión No. 004 de 2011, la ANI, a través de la Gerencia de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, tiene la competencia para, agotado el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, declarar incumplimientos contractuales, imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal, declarar un siniestro, y tasar perjuicios, o incluso declarar la caducidad del contrato, según sea el caso.

4.2. Del problema jurídico a resolver.

Tal como se estableció desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la ANI imputó a la sociedad portuaria **PUERTO HONDO S.A.** los presuntos incumplimientos contractuales que consisten en las siguientes situaciones: (i) no ejecución del plan de inversiones, (ii) no operación del puerto, (iii) no pago de contraprestación, (iv) no contar con las garantías contractuales y (v) la falta de entrega de información, obligaciones previstas en el contrato de Concesión N° 004 de 2011.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

De encontrarse probados los referidos incumplimientos, fue previsto, desde la citación, que ello podría acarrear para el concesionario las siguientes consecuencias: (i) declaratoria de caducidad del Contrato de Concesion Portuaria N° 004 de 2011 (ii) declaración del siniestro (iii) hacer efectiva la cláusula penal e (iv) imposición de los perjuicios que deriven de ella.

Por ello, el problema jurídico a resolver dentro de la presente actuación consiste en determinar si el Concesionario incumplió o no los presuntos incumplimientos referidos, y si es así, determinar si dichos incumplimientos le son o no imputables al Concesionario.

A fin de abordar los problemas jurídicos planteados, se examinará el contrato celebrado, su naturaleza, la responsabilidad que le asiste a las partes con ocasión de este, para luego analizar las circunstancias que conllevaron a cada uno de los presuntos incumplimientos informados por la Supervisión, y así concluir si hubo o no incumplimiento, y en caso afirmativo, si es imputable o no al Concesionario.

4.3. Del contrato de concesión No. 004 de 2011.

Agotado el trámite correspondiente, se celebró el Contrato de Concesión No. 004 de 2011, el cual tiene el siguiente objeto:

> *"(…) EL CONCEDENTE otorga una CONCESION PORTUARIA al CONCESIONARIO para la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de la zona de uso público conformada por las playas, los terrenos de bajamar, zonas accesorias a aquellas o estos, los terrenos adyacentes y las construcciones portuarias allí ubicadas; bajo las siguientes reglas y entendimientos: (…)"*

4.4. De la naturaleza del contrato

La naturaleza del Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011, la Ley 1 de 1991 la define en su artículo 5, de la siguiente manera:

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

Documento firmado digitalmente
GTEC

En todo caso se debe tener presente que si bien el contrato de concesión portuaria está regido por un régimen legal particular, en lo no dispuesto en dicho régimen, se rige por lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

4.5. De las normas o cláusulas presuntamente incumplidas.

Las obligaciones que se reputan como presuntamente incumplidas por parte del Concesionario, a partir de los hechos que fueron advertidos por la Supervisión, están establecidas en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión No. 004 de 2011:

4.5.1. En relación con la presunta no ejecución del plan de inversiones:

- Cláusula Quinta de la Primera Parte del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, que establece:

  "OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO. (…)

  5.1.1. Ejecutar el objeto y cumplir las obligaciones del presente CONTRATO, con la debida diligencia, eficiencia y economía, de acuerdo con normas y prácticas portuarias generalmente aceptadas.
  (…)
  5.1.8. Ejecutar las inversiones y realizar las obras incluidas en el PLAN MAESTRO DE INVERSIONES.
  5.1.9. Adquirir, construir, instalar y mantener los equipos y la infraestructura necesarios de acuerdo con las inversiones aprobadas, que garanticen la eficiencia del servicio portuario autorizado. (…)."

- Cláusula Quinta, numeral 5.4, de la Segunda Parte que determina:

  "Descripción del proyecto y especificaciones técnicas. (…)

  5.4. Condiciones técnicas de operación y construcción: El proyecto consiste principalmente en el montaje e instalación de una planta atunera y de especies marinas, mediante la utilización de la infraestructura existente. Para ello, el CONCESIONARIO se obliga a realizar las modernizaciones, reparación y adecuaciones a las instalaciones portuarias (…) El CONCESIONARIO garantiza que en la planta se llevará a cabo el procesamiento de los productos de pesca que sean descargados en el muelle (…)". (Subrayado fuera del texto original).

- Cláusula Novena de la Segunda Parte que dispone:

  "Plan maestro de inversiones. EL CONCESIONARIO se obliga a ejecutar el siguiente PLAN MAESTRO DE INVERSIONES en la zona de uso público

Documento firmado digitalmente
GTEC

otorgada en la concesión por la suma de CIENTO SETENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (USD 170.000) expresados en términos corrientes, en las cantidades, plazos y montos por él propuestos y Aprobados por el concedente, así:

Descripción	***Cantidad***	***Unidad***	***Fecha de ejecución***	***Valor en USD***
Ingeniería y diseño del muelle	*1*	*Global*	*Primer año del contrato*	*20.000*
Reparación placa superior del muelle en concreto	*120*	*m3*		*40.800*
Reparación bitas de amarre	*3*	*UN*		*4.500*
Suministro e instalación defensas marinas	*20*	*UN*		*104.700*
TOTAL				***USD 170.000***

(…)"

4.5.2. En relación con la presunta no operación del terminal portuario

- Cláusula Quinta de la Primera Parte del Contrato de Concesión Portuaria, establece:

  "OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO.EL CONCESIONARIO

  (…)

  5.1.2. Ejecutar el proyecto descrito en este contrato y en los anexos correspondientes, según las especificaciones técnicas del mismo, las modalidades de operación, y clase de carga a la que se destinará el puerto, de acuerdo con los términos establecidos en las CONDICIONES ESPECÍFICAS del presente CONTRATO.
  (…)

  5.1.7 Mantener en óptimo estado de operación, de acuerdo con normas o códigos internacionales, la infraestructura, las áreas de navegación y flotación utilizadas en las operaciones portuarias.
  (…)

- Cláusula Quinta, numeral 5.4, de la Segunda Parte del Contrato que dispone:

  "DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO Y ESPECIFICACIONES TÉCNICAS.

Documento firmado digitalmente
GTEC

(…)

5.4. Condiciones técnicas de operación y construcción: El proyecto consiste principalmente en el montaje e instalación de una planta atunera y de especies marinas, mediante la utilización de la infraestructura existente. Para ello, el CONCESIONARIO se obliga a realizar las modernizaciones, reparación y adecuaciones a las instalaciones portuarias, (…) El CONCESIONARIO garantiza que en la planta se llevará a cabo el procesamiento de los productos de pesca que sean descargados en el muelle, los cuales, una vez procesados, serán cargados por el muelle utilizando grúas de las naves, del puerto o de un operador portuario debidamente registrado."

4.5.3. En relación con el presunto no pago de la contraprestación

- Cláusula Cuarta de la Primera Parte del Contrato de Concesión Portuaria, establece:

"Valor del Contrato y de las contraprestaciones. El valor del CONTRATO DE CONCESION PORTUARIA será el valor presente neto que resulte de la sumatoria del valor presente de cada una de las contraprestaciones anuales por concepto de zona de uso público e infraestructura en los siguientes términos:

4.1. Contraprestación por zona de uso Público- ZUP:

EL CONCESIONARIO pagará como contraprestación por el uso temporal y exclusivo de la ZUP, el valor presente neto de la suma en dólares de los Estados Unidos de América, establecida en las Condiciones específicas, liquida a:

4.1.1. La tasa representativa del mercado- TRM del día siguiente a la firma del presente contrato en caso de cancelarse en un único pago o;

4.1.2. La tasa representativa del mercado- TRM del primer día de cada anualidad, a la cual se contabilizará desde el día siguiente a la firma del presente CONTRATO.

PARÁGRAFO PRIMERO. De dicho pago corresponderá al ochenta (80%) a la NACIÓN- Instituto Nacional de Vías-INVIAS y el veinte por ciento (20%) restante al municipio en el que se desarrolle el proyecto portuario, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del articulo1° de la Ley 853 de 2003, que modifica el artículo 7 de la Ley 1° de 1991.

4.2 Contraprestación por Infraestructura:

Documento firmado digitalmente
GTEC

El Concesionario pagará como contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de infraestructura, el valor presente neto de la suma en dólares de los Estados Unidos de América, establecida en las CONDICIONES ESPECÍFICAS, liquidadas a:

4.2.1. La tasa representativa del mercado- TRM del día siguiente a la firma del presente contrato en caso de cancelarse en un único pago o;

4.2.2. La tasa representativa del mercado- TRM del primer día de cada anualidad, a la cual se contabilizará desde el día siguiente a la firma del presente CONTRATO.

PARÁGRAFO SEGUNDO. De dicho pago corresponderá al cien por ciento (100%) a la NACIÓN de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del articulo1° de la Ley 853 de 2003, que modifica el artículo 7 de la Ley 1° de 1991.

4.3. Intereses de mora:

En el caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos se liquidarán a la tasa máxima legal permitida por ley sobre el valor en pesos de la obligación en mora, liquidados a la tasa representativa del mercado- TRM- de la fecha en la cual se ha debido generar el pago oportuno.

4.4. Aprobación Intereses Zona franca:

En el evento que el Gobierno Nacional llegare a aprobar una zona franca para el puerto objeto del presente CONTRATO, el CONCESIONARIO se obliga a informar de ello al CONCEDENTE dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la firmeza del acto administrativo que así lo autoriza, para que el CONCEDENTE proceda a calcular nuevamente el, valor de la contraprestación portuaria, teniendo en cuenta los beneficios tributarios de la misma y de acuerdo con el procedimiento legal aplicable."

- Cláusula Quinta, numeral 5.1.4 de la Primera Parte del Contrato de Concesión Portuaria, establece:

"OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO: EL CONCESIONARIO será autónomo en el manejo financiero, administrativo, técnico y operativo del proyecto portuario, sin perjuicio de lo cual deberá sujetarse al cumplimiento de las obligaciones previstas en el presente contrato, y en particular las siguientes:

5.1. Respecto de la relación contractual con el Concedente:
(…)

Documento firmado digitalmente
GTEC

5.1.4. Pagar las contraprestaciones pactadas en el presente contrato, de acuerdo con las disposiciones vigentes, dentro de los plazos correspondientes, y allegar los soportes de la autoridad nacional y local competente (copia de la consignación, soporte de pago y/o paz y salvo de la respectiva autoridad). (…)". (Subrayado por fuera del texto original).

- Cláusula décima de la Primera Parte del Contrato de Concesión Portuaria, establece:

"CLÁUSULA DÉCIMA. MANIFESTACIONES DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO manifiesta de manera unilateral lo siguiente:
(…)

10.11. Teniendo en cuenta que el Ministerio de Transporte se encuentra adelantando un estudio para la modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación portuaria, si la reglamentación correspondiente no ha sido expedida al momento de suscribirse el presente contrato, el concesionario acepta que deberá acogerse a ella de manera inmediata, a partir de su expedición.

10.12 Acepta de manera expresa en su integridad y sin reservas todos los términos y condicionas aplicables y establecidas en el texto del contrato y en todos los documentos que lo conforman."

4.5.4. En relación con el presunto incumplimiento de no mantener vigentes las garantías contractuales

- Cláusula Quinta de la Primera Parte del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, que establece:

"OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO.

(…)

5.1.5. Mantener vigentes y/o reemplazar las garantías y/o pólizas que se constituyan, y reponer su monto cada vez que se disminuya o agote.

- Cláusula Octava de la Primera Parte del Contrato que dispone:

"GARANTÍAS. EL CONCESIONARIO se obliga a otorgar las garantías requeridas, en cualquiera de las modalidades previstas en el Decreto 4828 de 2008 (y las normas que lo complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen), con

Documento firmado digitalmente
GTEC

entidades aseguradoras o bancarias sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, quienes expedirán la póliza o el certificado de conformidad con la normatividad colombiana vigente. (…).”

4.5.5. En relación con el presunto incumplimiento de no suministrar información a la entidad concedente:

- Cláusula Quinta, numerales 5.1.10 y 5.1.15., de la Primera Parte del Contrato que establecen:

“OBLIGACIONES GENERALES DEL CONCESIONARIO.
(…)

5.1.10. Tomar todas las medidas necesarias para que el CONCEDENTE pueda ejercer sus funciones de supervisión y vigilancia contractual.
(…)

5.1.15. Suministrar al CONCEDENTE los informes o documentos que se requieran en ejercicio de las funciones de supervisión, y de administración contractual. Esta obligación comprende- sin limitarse a- la de informar mensualmente al CONCEDENTE, el volumen de carga movilizada por tipo de carga, y si se trata de importación, exportación, cabotaje, transbordo, comparando con el comportamiento histórico en el año, así como cualquier tipo de información adicional que se requiera para llevar una estadística de movilización de carga.”

4.5.6. <u>Del documento de descorre de traslado del 25 de septiembre de 2023</u>

Se observa en la actuación que mediante comunicación de 25 de septiembre de 2023 la apoderada de la Sociedad Portuaria de Puerto Hondo S.A se pronunció durante el término del traslado del memorando 20233080132823 de 5 de septiembre de 2023 a través del cual el Grupo Interno de Trabajo Financiero de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI, allega a la actuación pronunciamiento técnico respecto del dictamen pericial presentado por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A.

En aquella oportunidad, la apoderada solicitó la incorporación de documento suscrito por el señor Sergio Calderón Acevedo, quien en su condición de perito financiero realizó observaciones al memorando 20233080132823 de 5 de septiembre de 2023 de la Gerencia Financiera, y que adicionalmente solicitó al despacho lo siguiente:

“(…) se solicita al Despacho que, de considerarlo procedente, se trasladen los recálculos efectuados para consideración del Grupo Interno de Trabajo Financiero de la ANI y, de ser posible, que se convoque, en su oportunidad, a los doctores Sergio Calderón Acevedo y Adriana Milena Acosta Forero, para que absuelvan las

Documento firmado digitalmente
GTEC

preguntas del Despacho y de esta parte, en torno a las conclusiones y pronunciamientos aportados."

Siendo así, previo a proceder con el análisis de los argumentos propuestos por los convocados en sus descargos, el Despacho procederá a analizar las solicitudes que hiciera la apoderada en el documento de descorre traslado del 25 de septiembre de 2023 a fin de resolver la procedencia de estas en la actuación.

Al respecto, una vez analizado lo solicitado por la defensa el Despacho encuentra que los recálculos que se proponen en el documento emitido por SERGIO CALDERÓN ACEVEDO, perito financiero de Puerto Hondo, van dirigidas primeramente a reforzar el argumento de existencia de un desequilibrio económico del Contrato y la inviabilidad del proyecto como consecuencia de esta razón. Se observa en efecto, que en el escrito el perito financiero sostiene lo siguiente:

"(…) El objetivo fundamental de mi ejercicio fue comparar la viabilidad financiera del proyecto de concesión portuaria, entre las condiciones iniciales del Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011 y las reglamentadas a partir de mayo de 2013 por el CONPES 3744 de ese año. Por lo tanto el enfoque fue evaluar la liquidación hecha por ANI únicamente en la modalidad de anualidad anticipada, precisamente para que los escenarios fueran comparables y compatibles. (…)

Únicamente señalo que mi dictamen no pretende ser la autoliquidación que hubiera hecho el concesionario cada año, según lo dispuesto en las normas, sino un ejercicio que puede hacer comparable las condiciones iniciales del contrato con las liquidadas por ANI, por un lado, y mi liquidación independiente, por otro, por lo cual todo es expresado en términos de anualidades anticipadas.

Como se observa en este caso, aplicando los cambios anotados por la Gerente del Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGCON de la Agencia Nacional de Infraestructura, todos los flujos de caja libre siguen siendo negativos, aunque en menor grado. Al calcular el valor presente neto de este proyecto, descontando con la tasa de oportunidad de 12 % e.a. establecida en la norma, su valor da USD -1.327.460 frente al VPN de USD -2.207. 423 del cálculo del dictamen inicial.

Por lo tanto siguen vigentes todas las conclusiones del dictamen presentado el pasado 24 de julio."

Así las cosas, y ante lo expresamente afirmado por el perito en atencion a que las conclusiones por él emitidas no varían ante el informe que fuera emitido por la Gerencia Financiera de la ANI y que no existe argumento adicional al propuesto por la apoderada de la sociedad Concesionaría con sus descargos, este Despacho no encuentra merito

Documento firmado digitalmente
GTEC

para atender las solicitudes de la apoderada, en lo relativo a la solicitud para convocar al señor Sergio Calderón y la señora Adriana Milena Acosta Forero, para que absuelvan preguntas a los conceptos por ellos emitidos en el curso de la presente actuación en torno a las conclusiones ya emitidas, en tanto lo que considera el perito, ya consta en su dictamen pericial obrante en la actuación, y lo que considera el área financiera de la ANI, ya consta en el documento allegado por esa área a la actuación. De igual forma se evidencia que tanto el concepto de la Gerencia Financiera como el memorando suscrito por el señor Sergio Calderon se consideran lo suficientemente claros para su comprensión, lectura e interpretación por parte del despacho.

Adicionalmente a lo expuesto y, en gracia de discusión, no encuentra este Despacho que el trámite adelantado para la prueba pericial solicitada y aportada por la apoderada de la sociedad concesionaria amerite aclaraciones o precisiones como para entenderlo en los términos del artículo 228 del CGP. Debe recordarse que la prueba de la cual nos referimos se surte con ocasión de dictamen pericial suscrito por el señor Sergio Calderón aportado por la defensa de la sociedad concesionaria mediante correo electrónico del 26 de julio de 2023 y radicado ANI 20234090841332 del 28 de julio de 2023. Respecto de este, el despacho mediante auto decretó como prueba de oficio requerir a la supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, para que emitiese un pronunciamiento técnico respecto del dictamen pericial incorporado. Y con ocasión de este pronunciamiento, nuevamente se allegó memorial del Perito Financiero Sergio Calderón respecto de las conclusiones obtenidas por parte de la Gerencia Financiera.

Luego entonces, teniendo en cuenta que se observa la existencia de suficiente ilustración respecto del dictamen pericial aportado por la Defensa, así como de la valoración y pronunciamiento que respecto del mismo realizó la Gerencia Financiera, aunado a que el procedimiento sancionatorio contractual no es un procedimiento adversarial o de partes, en el cual se precise la contradicción del dictamen en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso y que, finalmente notándose que el dictamen del cual se solicita convocatoria y contradicción en audiencia corresponde al mismo dictamen aportado por la misma parte interesada en su incorporación, considera el Despacho que no es necesario convocar a los doctores Sergio Calderón Acevedo y Adriana Milena Acosta Forero, para que absuelvan preguntas relativas a los conceptos técnicos por ellos emitidos.

En consecuencia, las solicitudes de la defensa no serán atendidas, por considerarse suficientes las manifestaciones que se hicieran en oportunidad.

V. DE LA DECISIÓN Y SU CORRESPONDIENTE FUNDAMENTACIÓN.

Para proceder con el análisis de los hechos y de las argumentaciones puestas de presente, el despacho analizará uno a uno los incumplimientos endilgados y, posteriormente, analizará las argumentaciones propuestas por los apoderados en sus descargos.

Documento firmado digitalmente
GTEC

5.1. De los incumplimientos acreditados en la actuación:

5.1.1. En relación con el presunto incumplimiento por la no ejecución del plan de inversiones:

El Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en la Cláusula Quinta estableció dentro de las obligaciones del Concesionario que este debía cumplir y ejecutar las inversiones y realizar las obras incluidas en el PLAN DE INVERSIONES y además, debía adquirir, instalar y mantener la infraestructura y los equipos necesarios de acuerdo con el plan de inversiones aprobado, a fin de que se adelantara una eficiente prestación del servicio portuario.

De igual suerte, la Cláusula Quinta se ocupó de describir el proyecto y las especificaciones técnicas del mismo y, en especial el numeral 5.4, respecto de las condiciones técnicas de operación y construcción, dispuso que el propósito del proyecto tenía como objetivo principal el montaje e instalación de la planta atunera y especies marinas, por lo que la sociedad concesionaria se obligó a adelantar las modernizaciones, reparación y adecuaciones a las instalaciones portuarias. Las obras requeridas en el contrato de Concesión N° 004 de 2011, corresponden a las siguientes:

DESCRIPCION (INV USD)	CANTIDAD	UNIDAD	FECHA DE EJECUCIÓN	VALOR
Ingeniería y diseños de muelle	1	GLOBAL	Año 1	20.000
Reparación placa superior del muelle en concreto	120	M3	Año 1	40.800
Reparación bitas de amarre	3	UNIDAD	Año 1	4.500
Suministro e instalación defensas marinas	20	UNIDAD	Año 1	104.700
TOTAL				**USD 170.000**

En atención a que las obras contratadas no fueron adelantadas, la ANI sancionó a la sociedad Portuaria Puerto Hondo mediante la Resolución 1290 de 29 de agosto de 2019, en la que se decidió lo siguiente:

"(…)

RESUELVE

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

ARTICULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO *de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo por la no realización de las obras previstas en el PLAN MAESTRO DE INVERSION, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Quinta, numerales 5.1.1, 5.1.8 y 5.1.9. de la Parte General y Cláusula Quinta, numeral 5.4. de la parte especial del contrato de Concesión Portuaria N° 004 de 2011, PLAN MAESTRO DE INVERSION, de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.*

ARTICULO SEGUNDO. *- Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA a la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A., identificada con NIT 900243.279-5, prevista en el numeral 13.1.4 de la Cláusula Décima Tercera 'MULTAS Y SANCIONES" DEL Contrato de Concesión N° 004 de 2011. por un valor de SEIS MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE DÓLARES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 6.919,93) de los Estados Unidos de América, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.*

ARTICULO TERCERO. — ARCHIVAR *la presente actuación administrativa sancionatoria contractual, iniciada contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, identificada con NIT 890.903.407-9. Póliza N° 20550 expedida por Royal & Sun Alliance Seguros absorbida por Seguros Generales Suramericana desde el 1 de agosto de 2016, protocolizada mediante escritura Pública N° 835 de la Notaría 14 de Medellín, en su calidad de aseguradora por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.*

(…)"

Aquella Resolución fue confirmada por la Resolución No. 2020-707-000597-5 de 18 de mayo de 2020, y toda vez que a la fecha dichos actos administrativos no han sido revocados por la Administración ni anulados por la jurisdicción, se presumen legales y surten plenos efectos para la presente actuación, y en consecuencia, los argumentos del Concesionario contra lo resuelto en dicha actuación, no serán objeto de pronunciamiento por el Despacho.

Posterior a aquella declaratoria de incumplimiento, los días 10 y 11 de noviembre de 2021 se adelantó comisión de seguimiento al Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011 por parte del equipo de supervisión de la Agencia, y en aquella oportunidad pudo evidenciarse que no había novedad frente a las inversiones no realizadas en el puerto.

Pese a la clara existencia de la obligación del plan de inversiones por parte de la sociedad portuaria Puerto Hondo, a la fecha el Concesionario no ha acreditado las inversiones

Documento firmado digitalmente
GTEC

previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en los términos y en las obras requeridas contractualmente.

Ahora bien, respecto de las alegaciones que adelantara la apoderada en sus descargos con relación a las inversiones mencionadas en esa actuación, quedó demostrado en esta que las imputaciones de obras que hiciere el concesionario no correspondían a lo requerido contractualmente, en ese entendido, ese argumento no prosperó en aquella actuación y esta no es la oportunidad procesal para debatir lo ya decidido, que se encuentra en firme.

En lo que tiene que ver con la presente actuación administrativa, el Concesionario no aporta pruebas tendientes a demostrar que fueron adelantadas las inversiones previstas para el año 1 de ejecución contractual, sino que se limita a insistir en que se le tengan en cuenta las inversiones realizadas en el puerto, pese a que no tengan soportes contables, respecto de lo cual se debe destacar por el Despacho, que no es posible reconocer como inversiones, actividades desarrolladas por fuera de lo establecido en el Plan de Inversiones, y tampoco es posible contabilizar inversiones que no cuenten con los debidos soportes contables.

Por lo expuesto resulta claro que el incumplimiento al plan de inversiones, que ya fue declarado en la actuación anterior, persiste, toda vez que el Concesionario no arrimó a la actuación pruebas ni soportes de las inversiones realizadas, correspondientes al Plan de Inversiones.

5.1.2. En relación con el presunto incumplimiento por la no operación del terminal portuario:

Respecto de la operación del puerto, el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en su Cláusula Quinta dispuso que el Concesionario ejecutara el proyecto según las especificaciones técnicas definidas en el mismo, así como las modalidades de operación y la clase de carga para la que fue destinado conforme a lo estipulado en el Contrato. Dentro de los compromisos contractuales, el Concesionario se comprometió a mantener en óptimo estado de operación el puerto, de cara a las normas y códigos internacionales, en especial de la infraestructura, las áreas de navegación y flotación utilizadas en las operaciones portuarias.

Como consecuencia de operar el puerto, el Concesionario se encuentra obligado a suministrar al Concedente, entre otros, los informes del volumen de carga movilizada por tipo de esta, y si se trata de importación, exportación, cabotaje, transbordo y demás información que le permita al concedente conocer el estado de movilización de carga.

En concordancia con lo anterior, el Contrato, en su Cláusula Quinta, numeral 5.4, dispone dentro de las especificaciones del proyecto y obligaciones del Concesionario, que este debía garantizar que en la planta se lleve a cabo el procesamiento de los productos de

Documento firmado digitalmente
GTEC

pesca que fueran descargados en el muelle y que, además, una vez procesados se cargarían por el muelle a las naves debidamente registradas.

Respecto del incumplimiento de estas obligaciones contractuales, previo el agotamiento del procedimiento administrativo sancionatorio, la ANI sancionó a la sociedad portuaria mediante la Resolución No. 1023 de 10 de julio de 2019, en la que se decidió lo siguiente:

"RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO *de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo por la no operación de las instalaciones portuarias otorgadas en Concesión, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Quinta, numerales 5.1.1, 5.1.7 y 5.1.15 de la Parte General y Quinta Numeral 5.4 de la parte especial del contrato de Concesión Portuaria N° 004 de 2011 de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO. *- Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA a la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A., identificada con NIT 900.243 279-5. prevista en el numeral 13.1.4 de la Cláusula Décima Tercera 'MULTAS Y SANCIONES" DEL Contrato de Concesión N° 004 de 2011, por un valor de SEIS MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE DÓLARES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD6.919,93), de los Estados Unidos de América, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.*

ARTÍCULO TERCERO. - *En firme la decisión y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6° de la Ley 1150 de 2007 y 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012-, publíquese y comuníquese el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Bogotá y a la Procuraduría General de la Nación.(...)"*

La referida Resolución fue confirmada por la Resolución No. 158 de 5 de febrero de 2020, y toda vez que a la fecha dichos actos administrativos no han sido revocados por la Administración ni anulados por la jurisdicción, se presumen legales y surten plenos efectos para la presente actuación, y en consecuencia, los argumentos del Concesionario contra lo resuelto en dicha actuación, no serán objeto de pronunciamiento por el Despacho.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Posterior a aquella declaratoria de incumplimiento, el día 29 de junio del año 2021, así como los días 10 y 11 de noviembre de 2021 se adelantaron comisiones de seguimiento al proyecto por parte del equipo de supervisión de la Agencia, y en aquella oportunidad, pudo evidenciarse que no hay operación del terminal portuario concesionado.

Además, pese a la existencia de una declaratoria de incumplimiento por parte de la ANI respecto de la obligación aquí referida, a la fecha, el concesionario no ha demostrado que esté operando el puerto, por lo cual, para este Despacho es claro que la situación de incumplimiento por la no operación del puerto, que en la anterior actuación fue declarada, no ha cesado, y, en consecuencia, persiste en su incumplimiento a su obligación.

5.1.3. En relación con el presunto incumplimiento por el no pago de la contraprestación portuaria

Respecto del pago de la contraprestación, la cláusula cuarta del Contrato mencionó, en su numeral 4.1, que el concesionario tenía a cargo el pago de la contraprestación por el uso temporal y exclusivo de la ZUP. Aquel artículo en su parágrafo 1 dispuso la forma como se adelantaría el pago, que corresponde un 80% en favor de la Nación a través del INVIAS y un 20% en favor del Municipio de Tumaco. Por su parte en el numeral 4.2 se dispuso la tasa representativa del mercado conforme a la cual se adelantaría el pago de la contraprestación.

Mediante el oficio No. 2014-705-023579-1 del 3 de diciembre de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura en aplicación de la Cláusula Décima, Numeral 10.11 del Contrato de Concesión No. 004 de 2011, comunicó a la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. los valores resultantes de la contraprestación calculados bajo la metodología CONPES 3744 de 2013 –Anexo 2, con un valor promedio anual de contraprestación entre 2014 y 2030, de USD 556.836 dólares constantes de 2013.

La Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. mediante el radicado ANI No. 2015-409-059148-2 del 17 de septiembre de 2015, manifestó que el valor de contraprestación calculado bajo la metodología CONPES 3744 de 2013, superaba los ingresos proyectados y no permitía determinar una tasa interna de retorno (TIR) para el proyecto.

Mediante el oficio 2018-705-030236-1 del 12 de septiembre de 2018, la ANI se pronunció ante tal manifestación, y concluyó:

> *"(…)*
>
> *2.1. No se presenta ninguna causal de ruptura del equilibrio económico del contrato.*
>
> *2.2. La Cláusula 10 del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011 es vinculante para las partes, en virtud del principio Pacta sunt servanda,*

Documento firmado digitalmente
GTEC

consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, conforme al cual: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales".

2.3. No se encuentra viable la suscripción de un documento modificatorio contractual tendiente a dejar sin efectos la Cláusula 10, en tanto su contenido obedece a una política nacional de orden público, aplicable a todos los contratos de concesión, y su contenido fue aceptado por el concesionario al suscribir el contrato, conociendo de antemano las circunstancias que motivaron la inclusión de la cláusula en el contrato de Concesión. (…)"

A partir de lo anterior, la ANI en diversas oportunidades requirió al Concesionario informar sobre el pago de la Contraprestación Portuaria tanto al INVÍAS como al municipio de Tumaco, pero el Concesionario no allegó prueba de haber realizado dichos pagos.

Más aún, y como ya se ha referido en el acápite de los descargos del Concesionario, este último reconoce que no ha efectuado esos pagos debido a las razones expuestas en su defensa, razones que serán analizadas en capítulo posterior, pero que en todo caso demuestran que el Concesionario no ha realizado los pagos de la contraprestación portuaria.

Así las cosas, y tal y como mediante el memorando No. 2023-308-003603-3 del 7 de marzo de 2023, la Gerencia Financiera 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual lo informó a esa fecha, la situación de presunto incumplimiento persiste, en tanto no se han adelantado los pagos por concepto de contraprestación a cargo del concesionario y en favor del INVIAS y el Municipio de Tumaco, tal y como se aprecia en la siguiente Tabla de las anualidades 2015 a 2023:

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD)		TOTAL (USD)	INTERESES ACUMULADOS (COP)		TOTAL INTERESES (COP)
	INVIAS	MUNICIPIO		INVIAS	MUNICIPIO	
2015	USD 919.412	USD 56.901	USD 976.314	$5.102.845.108	$326.157.804	$5.429.002.912
2016	USD 379.690	USD 20.382	USD 400.072	$2.256.997.480	$122.693.030	$2.379.690.509
2017	USD 399.880	USD 21.950	USD 421.831	$2.071.046.446	$112.873.517	$2.183.919.963
2018	USD 386.112	USD 22.608	USD 408.719	$1.697.344.171	$97.829.674	$1.795.173.845
2019	USD 388.901	USD 21.137	USD 410.038	$1.395.937.231	$76.738.286	$1.472.675.516
2020	USD 371.679	USD 19.100	USD 390.780	$1.068.156.659	$55.441.937	$1.123.598.596

Documento firmado digitalmente
GTEC

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD)		TOTAL (USD)	INTERESES ACUMULADOS (COP)		TOTAL INTERESES (COP)
	INVIAS	MUNICIPIO		INVIAS	MUNICIPIO	
2021	USD 348.388	USD 19.873	USD 368.261	$728.237.378	$39.306.694	$767.544.072
2022	USD 330.910	USD 19.788	USD 350.698	$411.414.432	$22.937.001	$434.351.433
2023	USD 338.461	USD 19.788	USD 358.249	$-	$-	$-
TOTAL	**USD 3 .863.433**	**USD 221.528**	**USD 4.084.961**	**$14.731.978.905**	**$853.977.941**	**$15.585.956.846**

Por lo expuesto, esto es, que la ANI no registra los pagos de la contraprestación al INVÍAS ni al Municipio de Tumaco para los años indicados en la Tabla anterior, aunado a que el Concesionario no acredita haberlos realizado, y en su lugar aduce razones por las cuales considera que no estaría obligado a hacer esos pagos, para el Despacho el presunto incumplimiento de no pago de la contraprestación, se encuentra probado.

En todo caso, en relación con las razones del Concesionario para justificar su no pago de la contraprestación, se pronunciará el Despacho más adelante en este acto administrativo.

5.1.4. En relación con el presunto incumplimiento por no mantener vigentes las garantías contractuales del proyecto

Respecto de la obligación de garantías la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, estableció la necesidad de mantener vigentes y/o reemplazar las garantías y/o pólizas que se constituyan, y reponer su monto cada vez que se disminuya o agote.

Igualmente, la Cláusula Octava del Contrato dispone que el Concesionario está obligado a obtener las garantías requeridas, en cualquiera de las modalidades previstas en el Decreto 4828 de 2008 (y las normas que lo complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen), con entidades aseguradoras o bancarias sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, quienes expedirán la póliza o el certificado de conformidad con la normatividad colombiana vigente.

Respecto del presunto incumplimiento de estas obligaciones contractuales, la ANI, previo el agotamiento del procedimiento administrativo pertinente, sancionó a la Sociedad Portuaria Puerto Hondo, mediante la Resolución No. 803 del 6 de junio de 2019, en la que decidió lo siguiente:

"RESUELVE

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO de la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A., *por las obligaciones contractuales contenidas en la Primera Parte, Cláusula Quinta "Obligaciones Generales del Concesionario" numerales 5.1.1., 5.1.5. y 5.1.10 del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011 Proyecto Portuario — Puerto Hondo, de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.*

ARTÍCULO SEGUNDO. - *Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA prevista en el numeral 13.1.2 de la Cláusula Decimotercera 'MULTAS Y SANCIONES" de las Condiciones Generales del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, por un valor de SEIS MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE DÓLARES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD6.919,93), de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.*

La referida Resolución fue confirmada por la Resolución No. 1273 del 26 de agosto de 2019, y toda vez que a la fecha dichos actos administrativos no han sido revocados por la Administración ni anulados por la jurisdicción, se presumen legales y surten plenos efectos para la presente actuación.

Posterior a la declaratoria de incumplimiento, la ANI solicitó, mediante el oficio No. 2021-303-020418-1 del 6 de julio de 2021, la ampliación de la vigencia de las siguientes garantías contractuales, teniendo en cuenta que las mismas vencieron el 6 de julio de 2021:

- Póliza de Cumplimiento No. 62-44-101004501, expedido por Seguros del Estado S.A.
- Póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual No. 62-40-10100288, expedido por Seguros del Estado S.A

Dicha solicitud fue reiterada a través del oficio No. 2021-303-022423-1 del 26 de julio de 2021 sin que el concesionario emitiera respuesta.

En consideración a lo expuesto y ante la inexistencia de prueba que demuestre la atención de la sociedad concesionaria Puerto Hondo S.A. respecto de las obligaciones de contar con las garantías contractuales de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, para el Despacho está demostrado que tales compromisos contractuales se encuentran incumplidos.

5.1.5. En relación con el presunto incumplimiento por la no entrega de información a la entidad contratante:

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Respecto de la entrega de información el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en su Cláusula Quinta establece como obligaciones del Concesionario, en sus numerales 5.1.10 y 5.1.15, la necesidad de tomar todas las medidas necesarias para que el CONCEDENTE pueda ejercer sus funciones de supervisión y vigilancia contractual, además de suministrar todos los informes o documentos que se requieran en ejercicio de las funciones de supervisión, y de administración contractual.

En consideración a aquellas disposiciones contractuales, mediante las comunicaciones Nos. 2017-605-007801-1 de 14 de marzo de 2017 y 2017-605-024786-1 de 3 de agosto de 2017, se requirió a la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. para que, entre otras cosas, presentara informes documentales en donde se detallara el estado de la gestión ambiental en el área concesionada, las obras y/o actividades en ejecución y/o proyectadas incluyendo su cronograma de actividades, el acto administrativo expedido por la autoridad ambiental competente que acogiera y aprobara el Plan de Manejo Ambiental, los permisos expedidos por la autoridad ambiental competente para los proyectos de inversión, el Plan de Manejo Ambiental, los actos administrativos de evaluación y/o seguimiento y control expedido por la autoridad ambiental competente, acciones realizadas por el concesionario en cumplimiento de las obligaciones contractuales de los actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental competente, y los actos administrativos de los permisos ambientales otorgados.

En el mismo sentido, mediante las comunicaciones Nos. 2019-605-004197-1 de 14 de febrero de 2019; 2019-605-018445-1 de 12 de junio de 2019; 2020-605-011433-1 de 14 de abril de 2020; 2020-605-011605-1 de 15 de abril de 2020 y 2021-605-002390-1 de 29 de enero de 2021, se requirió a la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. informes documentales detallando, entre otros, el estado de la gestión ambiental en el área concesionada, las obras y/o actividades en ejecución y/o proyectadas incluyendo su cronograma de actividades, el Plan de Manejo Ambiental, documento y fichas de manejo ambiental implementadas para el proyecto, los permisos expedidos por la autoridad ambiental competente para los proyectos de inversión, el Plan de Manejo Ambiental, los actos administrativos de evaluación y/o seguimiento y control expedido por la autoridad ambiental competente, acciones realizadas por el concesionario en cumplimiento de las obligaciones contractuales de los actos administrativos expedidos por la autoridad ambiental competente, y los actos administrativos de los permisos ambientales otorgados.

El 20 de febrero de 2020 se realizó visita de seguimiento por parte del GIT Ambiental de la ANI identificando que el terminal portuario no estaba en operación, durante la visita se reiteró al concesionario la necesidad de que este brindara respuesta a las solicitudes de información ambiental efectuadas por la ANI. En aquella misma visita tampoco se recibió la información ambiental solicitada mediante las comunicaciones No. 2017-605-007801-1 de 14 de marzo de 2017; No. 2017-605-024786-1 de 3 de agosto de 2017; No. 2019-605-004197-1 de 14 de febrero de 2019 y 2019-605-018445-1 de 12 de junio de 2019.

Documento firmado digitalmente
GTEC

De igual manera, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI mediante las comunicaciones Nos. 2020-605-011748-1 de 17 de abril de 2020 y 2020-605-026623-1 de 10 de septiembre de 2020 requirió a la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A para que informará sobre el estado de avance en la solicitud del permiso de vertimientos y la actualización de Plan de Manejo Ambiental, sin que a la fecha se haya obtenido alguna respuesta.

En consideración a lo expuesto y en vista de que dentro de los descargos no se hizo mención alguna a que se hubiese suministrado dicha información solicitad por el equipo de supervisión del contrato, encuentra demostrado el Despacho el incumplimiento del Concesionario a la obligación de suministrar la información al concedente.

Teniendo en cuenta que todos los presuntos incumplimientos reprochados al Concesionario se encuentran probados, debe ahora el Despacho pasar a analizar si, a partir de los argumentos de descargos, le asiste o no responsabilidad por esos incumplimientos al Concesionario.

6. Los descargos presentados por la defensa de la sociedad Concesionaria Puerto Hondo

Tal como se precisó en acápite anterior, respecto de los incumplimientos endilgados al contratista, la defensa no presentó descargos dirigidos a desvirtuar la existencia de los hechos que acreditan el cumplimiento obligacional. Contrario a ello, en su propio escrito de descargos reconoce y acepta que el Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011, se encuentra, desde hace mucho tiempo, en evidente estado de inejecución.

No obstante lo anterior, la apoderada de la sociedad concesionaria sustentó la conducta del contratista en la existencia de circunstancias exonerativas de la responsabilidad frente a los cargos formulados en la citación.

Precisó que el incumplimiento del concesionario se originó en dos circunstancias, la primera de ellas, la situación de orden público imperante en el área de la concesión después de la suscripción del contrato de concesión y, la segunda, la aplicación por imposición de una nueva fórmula de contraprestación que no estaba vigente al momento de la suscripción del contrato y el consecuente incremento exagerado del monto de la contraprestación a cargo de SPPH, al punto que ese valor sería muy superior al valor de los ingresos brutos del puerto.

En esa medida el Despacho procederá a estudiar cada uno de los descargos presentados a efectos de verificar si los mismos tienen la capacidad de incidir en la toma de la decisión de fondo.

6.1. De la distribución del riesgo

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para sustentar sus descargos, la apoderada de la sociedad concesionaria parte de la afirmación que ninguna de las dos circunstancias que origina los incumplimientos, constituyen un riesgo que deba ser asumido por la SPPH. Pasa entonces el Despacho a estudiar esas dos circunstancias, no sin antes precisar el esquema de distribución de riesgos asignado en el contrato.

6.2. Riesgos contractuales en materia de concesiones portuarias

Respecto de este punto mencionó el Concesionario que la sociedad portuaria tiene la facultad legítima de atenuar o minimizar hasta donde sea posible el efecto dañino de la mencionada concreción de riesgos asumidos, por lo que lo pertinente es que en caso de desbordarse el límite de previsibilidad, bien sea por temas de seguridad o por la imposición de una fórmula de contraprestación desconocida e indeterminada al momento de suscribir el contrato de concesión, como en este caso, es factible considerar una revisión del contrato para amortiguar sus efectos.

El argumento que propone la apoderada implica un análisis detallado de la naturaleza del contrato de concesión portuaria de cara a las normas que lo regulan, en ese entendido se procederá a hacer el referido análisis para concluir si era necesario o no que se adelantara un ajuste a los aspectos contractuales propuestos en atención a que el riesgo previsible se desbordó.

A partir de lo indicado, se trae a colación las definiciones que ha adelantado la jurisprudencia respecto de los contratos de concesión y sus características generales, al respecto la Corte constitucional[2] los definió así:

> *"Los contratos de concesión son aquellos que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario, la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad contratante, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valoración, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."*

En línea con lo dispuesto en la decisión citada, esa misma corporación afirmó que:

> *"Los contratos de concesión son entonces instrumentos a través de los cuales el Estado promueve el concurso de la inversión privada para el cumplimiento de sus*

[2] Sentencia C-250 de 1996

Documento firmado digitalmente
GTEC

fines. Estos contratos adquieren especial importancia en contextos en los que existen restricciones presupuestales, pues permiten la realización de importantes obras de infraestructura (vial, energética, de transporte, de telecomunicaciones, etc.) con el apoyo de los recursos y conocimientos privados; de este modo facilitan que los recursos públicos se enfoquen en otras necesidades de la actuación estatal. La doctrina expresa que una de las principales motivaciones de la participación privada en proyectos de concesión –especialmente de infraestructura- es obtener mayor valor por el dinero, es decir, mayores servicios por la misma cantidad de dinero, lo que hace que este tipo de proyectos redunde en ahorros para la entidad contratante y prácticas más eficientes.

El objeto de estos contratos, a grandes rasgos y según el artículo 32.4 de la ley 80, es delegar a una persona –concesionario- "(…) [i] la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o [ii] la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o [iii] bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio". Sin embargo, la determinación del objeto en cada caso concreto depende de la manera cómo se estructuren las respectivas prestaciones en el contrato, todo ello en el marco de los parámetros legales.

La remuneración puede consistir "(…) en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue [al concesionario] en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual", entre otras posibilidades.

El plazo debe corresponder a un término razonable que concilie, de un lado, la expectativa del concesionario de amortizar la inversión y obtener una remuneración justa, y de otro, la obligación del Estado de no imponer restricciones a la competencia más allá de lo necesario.

*El concesionario se compromete a desarrollar el objeto del contrato **por su cuenta y riesgo**, **lo que comprende usualmente la asunción de la responsabilidad de las inversiones y el desarrollo de las obras,** pero bajo la vigilancia y control de la entidad contratante. (…)[3]" (resaltado fuera de texto)*

Vale decir entonces que el contrato de concesión que nos ocupa obedece a un contrato de concesión, definido en la Ley 80 de 1993 de manera general como un mecanismo negocial a través del cual se prestan servicios públicos financiados por el estado y que comportan actividades de infraestructura, mantenimiento y operación de bienes inmuebles, además de otro tipo de actividades que permitan la satisfacción de una necesidad pública.

[3] **SENTENCIA C-300 DE 2012**

Documento firmado digitalmente
GTEC

Por su parte, la Ley 1 de 1991 reguló, de manera específica, los contratos de concesión portuaria como un *contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.*[4]

En ese entendido, el contrato de concesión portuaria cuenta con unos elementos esenciales, tema que fue desarrollado en el laudo arbitral Palermo Sociedad Portuaria S.A. y CORMAGDALENA, y que se refieren a los siguientes:

> *"(i) El objeto:*
>
> *"En el caso de los puertos, el objeto consiste en la ocupación y utilización […] en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto"*
>
> *(ii) La contraprestación:*
>
> *"En el caso de las concesiones portuarias, corresponde a la regalía que el concesionario debe a la administración por permitirle la ocupación y uso de las zonas de uso público a que refiere el numeral 5.2. del artículo 5 de la Ley 1ª de 1991."*
>
> *(iii) El plazo:*
>
> *"El plazo o término de duración del contrato de concesión dentro de lo permitido por la ley, en cuanto conceptualmente el servicio objeto de la concesión es un servicio público a cargo del Estado, del cual no puede desprenderse indefinidamente sino durante un término que no puede exceder de treinta años, plazo que desde la perspectiva económica tiene una relación directa con la contraprestación, en cuanto se justifica para que el particular pueda recuperar su inversión durante el término del contrato y obtener de esa actividad una utilidad."*

Aquella decisión arbitral concluyó, respecto del contrato de concesión portuaria que, de una parte, *el ejercicio de la actividad está sujeto a la vigilancia y control de la entidad concedente, en búsqueda de la adecuada prestación del servicio* y, de otra parte, *que el riesgo del desarrollo de la actividad lo asume el concesionario.* En ese entendido, todo riesgo debe ser asumido por el concesionario.

[4] Artículo 5 de la Ley 1 de 1991

Documento firmado digitalmente
GTEC

Ahora bien, la Ley 1508 de 2012 se ocupó de una definición del contrato de concesión bajo el género de asociaciones público-privadas (APP), y lo definió de la siguiente manera:

> *"Artículo 3°. Ámbito de aplicación. La presente ley es aplicable a todos aquellos contratos en los cuales las entidades estatales encarguen a un inversionista privado el diseño y construcción de una infraestructura y sus servicios asociados, o su construcción, reparación, mejoramiento o equipamiento, actividades todas estas que deberán involucrar la operación y mantenimiento de dicha infraestructura. También podrán versar sobre infraestructura para la prestación de servicios públicos. En estos contratos se retribuirá la actividad con el derecho a la explotación económica de esa infraestructura o servicio, en las condiciones que se pacte, por el tiempo que se acuerde, con aportes del Estado cuando la naturaleza del proyecto lo requiera. […]"*

Al respecto y ante estas disposiciones normativas, se hace necesario mencionar que el contrato de concesión portuaria N° 004 de 2011 delimitó el pacto que se hiciera entre el INCO y la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. y que tiene por objeto el siguiente:

> *"CLAUSULA SEGUNDA: OBJETO. EL CONCEDENTE otorga una CONCESION PORTUARIA al CONCESIONARIO, para la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de la zona de uso público conformada por las playas, los terrenos de bajamar, zonas accesorias a aquellos o estos, los terrenos adyacentes y las construcciones portuarias allí ubicadas; bajo las siguientes reglas y entendimientos: (…)"*

Es así como, respecto de los riesgos del contrato de concesión, la cláusula novena de riesgos mencionó que el concesionario aceptaba la totalidad de los riesgos inherentes al desarrollo del proyecto por él propuesto, y que serían asumidos por el concesionario. En línea con lo anterior, aquella cláusula también refirió que el concesionario asumía los riesgos que se presentaran en todas las etapas del proyecto.

Se observa en el contrato de concesión en su cláusula novena la gestión y asignación de los riesgos del contrato. En el numeral 9.1 define y lista algunos de los riesgos del desarrollo del proyecto asumidos por parte del concesionario, y aunque en dicho numeral se relaciona de manera enunciativa, no taxativa, los contingencias que asume el contratista, se observa en la misma que la voluntad de las partes fue el asignar al concesionario todas aquellas circunstancias que incluso corresponden a la adopción de medidas de orden legal (ley) o administrativa (acto) de carácter general que aunque no modifican el objeto del contrato sí inciden en este.

Al respecto, a manera de ejemplo, se listan los riesgos asumidos por el contratista, no solo los inherentes al contrato sino incluso los originados por los cambios de ley, de

Documento firmado digitalmente
GTEC

situación política, incluso las variaciones en la legislación tributaria, la variación de tarifas impositivas, los cambios de condiciones macroeconómicas, los efectos favorables o desfavorables de la demanda. Dentro de la lista que se adelantó de los posibles riesgos que podrían torpedear el adecuado desarrollo de la actividad contractual se mencionó en el numeral 9.1.4.13 lo siguiente: "*Riesgos administrativos, societarios, comerciales, de promoción y mercadeo, de cartera, financieros y cambiarios.*"

Hechas las anteriores precisiones procede este Despacho a analizar, de cara a lo definido en la norma especial y las normas complementarias, si el riesgo asumido por el Concesionario se desbordó, en atención a las circunstancias de seguridad de la zona y, de otra parte, si la variación a la cláusula de contraprestación desbordó el riesgo previsible determinado en el contrato.

6.3. Orden público – Condiciones de Seguridad

Dentro de la exposición que adelantó la apoderada del Concesionario respecto de la situación de orden público, mencionó que el proyecto se desarrolla en una zona de riesgo por actos terroristas, definidos en el numeral 9.2.2 del Contrato, y que contractualmente ese es un riesgo que debe ser asumido por el concedente, en este caso la ANI, y sin embargo, esta última ha analizado la situación de orden público como un riesgo social, a cargo del Concesionario.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Lo primero sea mencionar que el contrato de concesión No. 004 de 2015 determinó en su clausula novena los riesgos previstos en el contrato de concesión portuaria y la distribución de estos; en aquella cláusula se dispuso efectivamente en su numeral *9.1.4.20. Efectos favorables o desfavorables derivados del riesgo político, del riesgo social y de la invasión de los derechos al tránsito y/o atraque en las zonas de baja mar."* Por su parte, en el numeral 9.2 del referido contrato se indicó como riesgo a cargo de la ANI los actos terroristas.

Por otra parte, el documento CONPES 3714 del 1 de diciembre de 2011, documento que contiene los lineamientos en materia de riesgos contractuales, dentro del análisis que adelantó para emitir las disposiciones en materia de riesgos mencionó lo siguiente:

> *"(…) En desarrollo de lo anterior, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 2474 de 2008, establece que el soporte de la tipificación, estimación y asignación de los riesgos previsibles hace parte de los estudios y documentos previos que a su vez, en virtud de los numerales 7 y 12 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, son los documentos definitivos que sirven de fundamento para la elaboración del proyecto de pliego de condiciones y que deberán ponerse a disposición de los interesados junto con éste, para que en una discusión conjunta y en aplicación del deber de*

Documento firmado digitalmente
GTEC

colaboración de los particulares con la administración, se establezca la asignación definitiva de los riesgos de acuerdo a su tipificación y estimación.

Lo anterior, teniendo en cuenta que: "El particular que contrata con el Estado si bien tiene legítimo derecho a obtener un lucro económico por el desarrollo de su actividad, no puede perder de vista que su intervención es una forma de colaboración con las autoridades en el logro de los fines estatales y que además debe cumplir una función social, la cual implica obligaciones"

En este sentido, la normativa busca "que desde el inicio mismo de los procesos de selección y del planteamiento del negocio que se trate, las partes expongan clara y lealmente sus posiciones, minimizando con ello, en la medida de lo posible, que se presenten futuras confrontaciones o conflictos o reclamaciones, producto del silencio o falta de nitidez en un aspecto tan determinante como el de los riesgos, que entre otras cosas es factor que incluye radicalmente en el precio […lo cual] implicará muy seguramente un gran esfuerzo no sólo de quienes elaboran y estructuran los pliegos de condiciones o sus equivalentes, sino de los propios oferentes, quienes requerirán también un claro compromiso para clarificar lo que puede ser calificado como riesgo previsible" (resaltado fuera de texto)

Posteriormente, definió como riesgos contractuales cualquier circunstancia que se presente durante la ejecución contractual y que pueda alterar el equilibrio financiero del mismo y que, además, siempre sean identificables y cuantificables en condiciones normales, adicionalmente, aquel documento CONPES realizó una definición y alcance de los riesgos previsibles en materia contractual, por lo que indicó, respecto de los riesgos sociales o políticos, lo siguiente:

"Son aquellos que se derivan por cambios de las políticas gubernamentales que sean probables y previsibles, tales como cambios en la situación política, sistema de gobierno y cambio en las condiciones sociales que tengan impacto en la ejecución del contrato. También suelen presentarse por fallas en la manera en que se relacionan entre sí, el Gobierno y la población, grupos de interés o la sociedad. Por ejemplo, los paros, huelgas, actos terroristas, etc. Para la determinación de su previsibilidad, la entidad podrá acudir a las autoridades competentes en la recopilación de datos estadísticos o fuentes oficiales (POLICIA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS DE COLOMBIA, MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, etc.)"

De la definición que se hace del riesgo social en el referido documento CONPES se destaca que se hace referencia, de manera puntual, a los actos terroristas que sean palpables o previsibles. En ese entendido, conforme a lo dispuesto en el documento analizado se tiene que los actos terroristas se enmarcan en el riesgo social que fue definido en el Contrato, y en la distribución de los riesgos que contiene el contrato, se trata de un riesgo en cabeza del concesionario.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Así las cosas, lo primero que debe destacar el Despacho es que aún si los actos terroristas estuviesen probados, debe tenerse presente que si los mismos fueron probables y previsibles, se trataría de un riesgo social a cago del Concesionario.

Sin embargo, y como se pasa a exponer, esos actos terroristas no está debidamente probado que tuviesen la capacidad de alterar a tal punto la ejecución del contrato, que no pudiese el Concesionario ejecutarlo. En efecto, encuentra pertinente el Despacho desplegar su análisis respecto a la efectiva materialización del riesgo por actos terroristas propuesto por la apoderada.

Se hace necesario referirse a la materialización real del riesgo, por lo que se procederá a analizar las circunstancias que fueron propuestas por la apoderada para afirmar que la situación de orden público que se presenta en el municipio de Tumaco, efectivamente afectó la correcta ejecución del contrato de concesión y, en consecuencia, existía la necesidad de análisis del riesgo por acto terrorista que, en gracia de discusión, y conforme a lo indicado por la apoderada en sus argumentaciones, debía ser asumido por la ANI.

En un primer momento se hizo referencia a una comunicación de febrero de 2020, en la que mencionó el apoderado ser la última solicitud del concesionario a la ANI en la que se expuso lo siguiente:

> *"Problemas de orden público: Las situaciones de orden público que se ha presentado en Tumaco de manera constante (dada su especial ubicación), han afectado de manera grave a SPPH en el periodo comprendido entre 2013-2014 y 2017-2018-. Desde el año 2013 SPPH ha informado a la entidad concedente de la concesión. Agencia Nacional de Infraestructura (en adelante ANI), los problemas de orden público que ha tenido. Dichas situaciones dieron como resultado, que el Gerente de la época tuvo que trasladar su domicilio fuera de Tumaco. En la actualidad, la disidencia de los grupos armados, vuelven atacar a Tumaco, impactando de manera negativa en la concesión, ya que se han encontrados dos personas muertas en las instalaciones o terrenos aledaños a SPPH y, nuevamente el gerente operativo tuvo que cambiar su domicilio fuera de Tumaco. Desde el año 2013 la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. ha informado a la entidad concedente de la concesión, los problemas de orden público que ha tenido. Sin embargo, las mismas NO HAN SIDO TENIDAS EN CUENTA Y, POR EL CONTRARIO, NOS PIDEN QUE DEBEMOS PROBAR QUE DICHA PROBLEMÁTICA EXISTE.*
>
> *Lo hemos informado a la ANI, entre otras cosas lo siguiente: La defensoría del Pueblo (entidad estatal encargada de los derechos y prevención de riesgos de violaciones de derechos humanos) emitió un documento denominado "Alertas Tempranas, informe de riesgo para el municipio de Tumaco" de fecha 7 de abril de*

Documento firmado digitalmente
GTEC

2014, el cual contempla el tiempo establecido entre el año 2012 y 2014. Lo interesante del documento, además de narrar con detalles de la situación y los riesgos que correría la fuerza pública, los habitantes en cada uno de los barrios, y los actos terroristas sufridos en ese periodo de tiempo informa que:
"Los grupos armados ilegales coaccionan constantemente a los pobladores para lograr recursos económicos o en especie para abastecerse, dotarse militarmente y mantener estructuras urbanas y rurales, las amenazas y las extorsiones se constituyen, además, en formas de control de la población, de dominio territorial y de coordinación de la vida comunitaria. ***Un número considerable de negocios y comercios de distintos tipos han tenido que cerrar sus puertas producto de las amenazas, extorsiones y atentados.***
Aunque la policía y las autoridades han propendido por mejorar los niveles de denuncia de los afectados y de dar golpes a los extorsionistas, ***la comunidad tiene mucho temor a las retaliaciones de que puedan ser objeto sino pagan y denuncian, por ello muchos de los casos no son de conocimiento de la institucionalidad****"*

El día 28 de abril de 2018 fue reportado a la ANI el último incidente de violencia, ya que fue encontrado muerta una persona en un predio de propiedad del grupo empresarial de Puerto Hondo en Tumaco. (…)"

Al respecto, este Despacho encuentra que es posible que la zona en la que se encuentra ubicado el puerto sea una zona con dificultades de alteración de orden público, situación que se presenta desde antes de la suscripción del contrato, como lo indica efectivamente el documento emitido por la Defensoría del Pueblo y que hace parte del material probatorio, documento elaborado en el año 2014 en el que se ocupó de analizar la problemática social y de seguridad en la zona de cara a los diferentes grupos armados que circulan en esa zona del país. De esta afirmación da cuenta lo indicado en aquel informe respecto del aumento en la tasa de homicidios en la zona, al mencionar que:

"La tasa de homicidios es particularmente preocupante en el caso de Tumaco. De acuerdo con la proyección del Censo DANE 2005 a 2013 la población es de 191.218 habitantes y ha tenido los siguientes índices y tasas de homicidio, según el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses: en el año 2010 se registraron 245 homicidios con una tasa de 136,87; en el 2011 ocurrieron 249 homicidios correspondientes a una tasa de 136,06 por cada 100.000 habitantes; en 2012, se presentaron 262 homicidios con una tasa de 140,04. En 2013 se presentaron 220 casos (dato preliminar), y a 28 de enero de 2014, 10 homicidios, de acuerdo con cifras del Observatorio de Derechos Humanos de Tumaco"

No obstante, no debe perderse de vista el valor probatorio que realmente debe concederse a los instrumentos de observación y seguimiento emitidos por la Defensoría del Pueblo en el marco del Sistema de Alertas Tempranas – SAT. Al respecto debe recordarse que el sistema está dirigido al análisis, advertencia y prevención de violaciones

Documento firmado digitalmente
GTEC

individuales y masivas de los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario (DIH), mediante un trabajo permanente de seguimiento y evaluación a la dinámica del conflicto armado en el territorio nacional.

Este seguimiento se enmarca en las funciones misionales de la defensoría del pueblo establecidas en la Ley 24 de 1992, en el que se le encomienda velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los Derechos Humanos, y el artículo 9° numeral 3 de la misma ley prevé como una de las atribuciones de esta entidad "*hacer las recomendaciones y observaciones a las autoridades y a los particulares en caso de amenaza o violación a los Derechos Humanos y para velar por su promoción y ejercicio*." En este marco las alertas tempranas tienen como propósito principal advertir oportunamente los riesgos y amenazas a los derechos a la vida, a la integridad; libertad y seguridad personal, libertades civiles y políticas, e infracciones al Derecho Internacional Humanitario, con enfoque de género, territorial, diferencial, étnico, y orientación sexual e identidad de género, con el fin de contribuir al desarrollo e implementación de estrategias de prevención por parte de las autoridades, así como el desarrollo de capacidades sociales para la autoprotección.

En el caso particular la defensa aportó, a consideración del despacho, una nota de seguimiento a un informe de riesgo N°027-12A.I. en el que se evalúa como *altamente probable que persistan las violaciones a los derechos humanos e infracciones al DIH por la materialización de hostigamientos, ataques y enfrentamientos armados con interposición de la población civil, homicidios selectivos o múltiples; amenazas; extorsiones, secuestros, accidentes o incidentes por minas antipersonal y munición sin explotar; destrucción de bienes civiles; desapariciones forzadas, desplazamientos forzado individuales y masivos; reclutamiento y utilización ilícita de niños, niñas adolescentes y jóvenes; restricciones a la movilidad de personas y bienes indispensables para la subsistencia y casos de violencia sexual basada en género.*

Se observa entonces que el informe de seguimiento allegado, aunque si bien realiza un diagnóstico y genera advertencias según escenarios de riesgos, se realizó bajo una óptica preventiva y de anticipación, para la toma de decisiones y coordinación de las distintas entidades vinculadas. Este carácter precautorio en modo alguno debe asimilarse a un escrito premonitorio de la concreción de los riesgos que se alertan. De hecho, la finalidad de la alerta temprana es la creación del espacio, entre autoridades, para la toma de medidas que eviten la causación de los eventos riesgosos anticipados.

En esa medida, aunque el informe de seguimiento No 007-2014 al Informe de Riesgo N° 027-12, realizó un análisis de la evolución del riesgo de violación derechos humanos para el periodo de noviembre de 2012 a 7 de abril de 2014, no constituye lo que se identificó como oficio de consumación del riesgo, sino que constituye la evaluación de la ocurrencia de los hechos previstos con probabilidad de ocurrencia.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

En síntesis, aquel documento analizó una a una la problemática que presenta el municipio de Tumaco a raíz de la instalación de grupos armados desde mucho antes de la solicitud que hiciera la Sociedad Portuaria Puerto Hondo para la concesión del puerto, lo cual deja en evidencia que desde antes de otorgarse la concesión portuaria, la situación de orden público del municipio de Tumaco ya debía ser conocida por la Sociedad Portuaria, quien debió analizar en su momento, y por ello, es claro que si conociéndola, o debiéndola conocer, con todo solicitó la concesión, se entiende haber asumido el Concesionario el riesgo que implica desarrollar un proyecto portuario en un municipio con dicha connotación de orden público.

Como se indicó en apartes anteriores, tal situación es posible que se presente en la zona, sin embargo, dentro de la actuación administrativa el concesionario no logró demostrar que esa actividad terrorista desplegada por los grupos al margen de la ley hubiera acaecido o impactado, de manera real y efectiva, la ejecución contractual.

En apoyo de la afirmación adelantada, se encuentra que el concesionario, en la comunicación en cita hizo referencia al cambio de domicilio que debió adelantar el Gerente y varios empleados del puerto y que, conforme a lo indicado en la comunicación 2013409034552 del 1 de agosto de 2013, obedecía a motivos extorsivos; sin embargo, ni en aquella oportunidad, ni en la comunicación de febrero de 2020 se allegó la denuncia respectiva que efectivamente demostrara, en la actuación administrativa, que ese cambio de domicilio obedeciera a amenazas o constreñimientos que hubiesen ejercido los grupos al margen de la ley en la zona, en tanto no se allegaron las denuncias respectivas.

Adicionalmente, hizo referencia el Concesionario a que fueron encontrados dos cadáveres en las inmediaciones del puerto, sin embargo, no se allegó la denuncia respectiva, ni se indicó si las personas fallecidas tenían algún tipo de relación con la sociedad portuaria, es decir, no existe prueba de que aquellos homicidios estuvieran relacionados directamente con la actividad portuaria, por lo que debe entenderse que el hallazgo de los referidos cadáveres se encuentra relacionado precisamente con los niveles de inseguridad de la zona sin que ello le permita concluir a la ANI, de manera palpable, la imposibilidad del desarrollo de la actividad contractual y que, en suma, afecte económicamente el contrato, o haga imposible su ejecución.

Por otra parte, la apoderada relacionó una serie de notas periodísticas con las que pretende demostrar las dificultades de orden público que se presentan en la zona en la que se encuentra ubicada la concesión y para ello realizó una exposición de la valoración probatoria que debe darse a los comunicados de prensa.

En desarrollo de lo propuesto por la apoderada, se itera que en ningún momento este Despacho desconoce que sea posible que las condiciones sociales en las que se encuentra el Municipio de Tumaco no sean las mejores, situación que, como se ha puesto de presente, incluso se presentaba de manera previa a la suscripción del contrato de concesión y, por ello, fue considerado como un riesgo dentro del contrato, sin embargo,

Documento firmado digitalmente
GTEC

tales notas periodísticas tampoco demuestran que el concesionario haya sido afectado, de manera directa por el actuar de los grupos al margen de la Ley, en tanto no se han allegado ningún tipo de denuncias efectivas que pongan de manifiesto las afirmaciones hechas por el concesionario a lo largo de la actividad contractual.

Se tiene entonces que, si bien en el ejercicio de defensa la apoderada fue enfática en relacionar los problemas de orden público que aquejan al municipio de Tumaco, no acredita la incidencia de estos en la operación portuaria, en especial en aquellas relacionadas con los incumplimientos que se le endilgaron. Al respecto, no se observa prueba que acredite como las circunstancias de orden público del municipio afectaron el cumplimiento de las obligaciones relativas al plan de inversiones, el pago de la contraprestación portuaria, las relativas a la constitución de las garantías, la entrega de la información al concedente o incluso aquellas de la operación portuaria. Siendo así, no se evidencia que las situaciones de orden público acreditadas hubieran tenido la connotación suficiente para originar los incumplimientos que se reprochan en la presente actuación.

De hecho y a manera de conclusión, aunque es persistente la defensa en sustentar la necesidad de valoración del análisis del riesgo respecto de actos de terrorismo, no se precisó, ni se acreditó en la actuación, un solo evento de acto de terrorismo que hubiere afectado la gestión de la sociedad portuaria (constitución de garantías, entrega de información) o que hubiere paralizado la ejecución de las obras de inversión o que imposibilitara el pago de la contraprestación.

En este punto se hace necesario acudir a lo analizado previamente respecto de la naturaleza del contrato, que es un contrato que cuenta con unas condiciones particulares, reguladas en normas especiales y que, nos permiten concluir que, conforme al plazo, a las necesidades que pretende satisfacer y a su finalidad misma, los riesgos fueron trasladados al concesionario, quien es el encargado del manejo total del proyecto bajo la supervisión del concedente.

En ese contexto, se insiste en que pese a no ser las mejores en el municipio de Tumaco, lo cierto es que no existe una acreditación de una materialización del riesgo, esto es, que las condiciones de seguridad y orden público en el municipio de Tumaco, tuviese la capacidad de impedir u obstaculizar la ejecución del contrato portuario.

Por ello, respecto de las condiciones de orden público no es posible hablar de un desborde del riesgo, cuando el mismo ni siquiera está probado que se hubiese consumado.

Así las cosas, lo pertinente será desestimar el argumento de desborde del riesgo por la situación de orden público en el municipio de Tumaco y que, con ocasión de ello, se presentó el incumplimiento contractual.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Por lo expuesto, los argumentos vertidos por la apoderada respecto de la materialización del riesgo de orden público serán despachados desfavorablemente.

6.4. De la variación en la fórmula de la contraprestación

Respecto al planteamiento adelantado con relación a la variación de la fórmula de la contraprestación y su impacto en la ejecución contractual, se hace necesario mencionar que el contrato de concesión N° 004 de 2011 determinó que el cálculo de la contraprestación portuaria se adelantaría de la siguiente manera:

> *"CLÁUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO Y DE LAS CONTRAPRESTACIONES. El valor del CONTRATO de concesión portuaria será el valor presente neto que resulte de la sumatoria del valor presente de cada una de las contraprestaciones anuales por concepto de zona de uso público e infraestructura en los siguientes términos:*
>
> *4.1 contraprestación por zona de uso público – ZUP:*
>
> *EL CONCESIONARIO pagará como contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de la ZUP el valor presente neto de la suma en dólares de loa Estados Unidos de América, establecida en las CONDICIONES ESPECIFICAS, liquidada a:*
>
> *4.1.1. la tasa representativa del mercado-TRM del día siguiente a la firma del presente contrato, en de calendarse en un único pago o,*
> *4.1.2. La tasa representativa del mercado TRM del primer día de cada anualidad, la cual se contabilizará desde el día siguiente a la firma del presente contrato.*
>
> *PARAGRAFO PRIMERO: De dicho pago corresponderá el ochenta por ciento (80%) a la NACION- Instituto nacional de vías – INVIAS y el veinte por ciento (20 %) restante al municipio en el que se desarrolle el proyecto portuario, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 856 de 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991.*
>
> *4.2, Contraprestación por infraestructura:*
>
> *EL CONCESIONARIO pagará como contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de infraestructura, el valor presente neto de la suma en dólares de los Estados Unidos de América establecida en las CONDICIONES ESPECIFICAS, liquidada a:*
>
> *i. Tasa representativa del mercado TRM- del día siguiente a la firma del presente contrato, en de calendarse en un único pago o,*

Documento firmado digitalmente
GTEC

ii. La tasa representativa del mercado TRM del primer día de cada anualidad, la cual se contabilizará desde el día siguiente a la firma del presente contrato.

PARAGRAFO SEGUNDO: De dicho pago corresponderá el cien por ciento (100%) a la NACION- de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 856 de 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991."

De igual suerte, el mismo contrato suscrito por las partes, determinó en su cláusula 10.11 lo siguiente:

"10.11. Teniendo en cuenta que el Ministerio de Transporte se encuentra adelantando un estudio para la modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación portuaria, si la reglamentación correspondiente no ha sido expedida al momento de suscribirse el presente CONTRATO, EL CONCESIONARIO acepta que deberá acogerse a ella de manera inmediata, a partir de su expedición."

Como se pone de relieve, pese a que las características del contrato de concesión portuaria fueron definidas, de manera general, en la decisión arbitral anteriormente citada, se encuentra que igualmente comporta unas características de los contratos en su forma general, en ese entendido, este tipo de contratos son onerosos, conmutativos, bilaterales, lo que impacta necesariamente el comportamiento de los cocontratantes y, en especial, respecto de las obligaciones que se encuentran a su cargo.

Por otro lado, se hace necesario mencionar que la Ley 1 de 1991, en la que, como se ha mencionado, se hace una regulación especial del contrato de concesión portuaria, respecto del pago de la contraprestación determinó:

***"ARTÍCULO 2. Planes de expansión portuaria**. El Ministerio de Obras Públicas y Transporte presentará al CONPES para su aprobación, cada dos años los planes de expansión portuaria que se referirán a:*
(…)
2.4. Las metodologías que deben aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias. (…)"

En sustento de lo anterior, la expedición del CONPES regulatorio de la actividad portuaria fue previsto desde la Ley como una política expansiva de la actividad portuaria en el país, que se da de tiempo en tiempo. En ese entendido, todas las sociedades que pretendan obtener una aprobación de concesión portuaria y las que ya tengan proyectos en ejecución, deben ser conscientes de la posibilidad de variación de la metodología de cálculo de la contraprestación portuaria.

Documento firmado digitalmente
GTEC

En el caso que nos ocupa, las partes de común acuerdo incluyeron como una obligación contractual la inclusión del cálculo de la contraprestación que se hiciera en el documento CONPES, el cual definiría las metodologías para establecer la contraprestación portuaria.

Es así como, en cumplimiento de la Ley, el Contrato de concesión No. 004 de 2011, determinó que, de existir una variación, a causa de la expedición del nuevo documento CONPES en materia de contraprestación portuaria, debían las partes adoptarlo y, en consecuencia, dar aplicación de este

En ese entendido, procede el Despacho a analizar el alcance del documento CONPES 3744, que fue expedido el 15 de abril de 2023, que tuvo como propósito crear una política pública de expansión portuaria acompasada con la establecida en la Ley.

Aquel documento definió una necesidad respecto de la revisión del modelo de concesiones portuarias:

> *"El Estatuto de Puertos en 1991 planteó un esquema innovador de promoción de iniciativas y capital privado en el que el concesionario* ***asumía la totalidad de los riesgos de la inversión en infraestructura y de la financiación,*** *además de cumplir por una parte con las obligaciones contractuales en términos de inversiones en infraestructura en zonas de uso público, y por otra, con el pago de contraprestaciones al Estado por el uso exclusivo y temporal de zonas de uso público e infraestructura dada en concesión. Sin embargo, de conformidad con las nuevas dinámicas del sector portuario y con las experiencias aprendidas en años anteriores, se ha evidenciado la necesidad de adelantar ajustes a la Ley 1ª de 1991 y /o a su reglamentación, en relación con la modernización y flexibilización de los esquemas contractuales, lineamientos tarifarios, regulación de operación portuaria y del modelo de concesión, entre otros." (Resaltado fuera de texto)*

Como se pone de presente en la cita efectuada, el régimen de regulación portuaria para la vigencia del contrato de concesión que nos ocupa implicaba que el concesionario Puerto Hondo debía asumir la totalidad de los riesgos que se presenten en ejecución de la actividad contractual.

En líneas siguientes, el mismo documento CONPES hizo referencia a la actualización de la metodología de cálculo de la contraprestación, lo que definió de la siguiente manera:

> *"La metodología actual para fijar la contraprestación de las concesiones portuarias, con excepción de aquellas especializadas en movilización de carbón, cuenta con dos componentes:*

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Uno referido a la contraprestación por el uso de la infraestructura de propiedad de la Nación ubicada en zona de uso público (ZUP) y otro por el derecho de utilización de la zona de uso público.

Los montos de la contraprestación se determinan de la siguiente manera:

• Cobro por el uso de la infraestructura de propiedad de la Nación: La Resolución 282 de 1996 establece que la contraprestación por el uso de la infraestructura en las ZUP equivale al 1.5% del valor de los bienes inmuebles ubicados en la ZUP para los terminales de servicio privado, mientras que, para los terminales de servicio público, la contraprestación es del 3% del valor de dichos bienes.

• Cobro por uso de la zona de uso público: Corresponde a la rentabilidad excedente, medida en términos monetarios, resultantes del flujo de caja el cual es presentado por el peticionario y aprobados por la entidad concedente. Los componentes del flujo de caja y la rentabilidad mínima (TIR 12%) que debe obtener el peticionario incluido el pago de las contraprestaciones, están determinados en las resoluciones 596 y 873 de 1994, ambas emitidas por la Superintendencia de Puertos y Transporte.

Si bien esta metodología contempla algunas dimensiones del negocio portuario, estimula las inversiones en infraestructura y se basa en un modelo de ingresos brutos proyectados, actualmente presenta aspectos que obligan a su actualización.

En una primera instancia, esta metodología no cuenta con mecanismos que incentiven la optimización de la magnitud del recurso físico solicitado en concesión, característica que debe ser prioritaria a la luz de un desarrollo portuario verdaderamente sostenible.

Por otra parte, la forma en que se calcula puede generar incentivos al concesionario solicitante para subvalorar escenarios de demanda y capacidad portuaria, que podrían representar un menor valor recibido por contraprestación por el Estado.

Adicionalmente, como resultado de la aplicación de la fórmula, se obtiene un valor estático en el tiempo, que no refleja la dinámica del negocio portuario, máxime en escenarios actuales en los que el comercio exterior presenta un crecimiento sostenido a causa de los TLC y el auge minero-energético.

Por esta razón, se considera pertinente realizar una actualización de la fórmula de contraprestación de forma tal que el recaudo por este concepto refleje de forma más acertada la dinámica del negocio portuario, y permita

Documento firmado digitalmente
GTEC

> ***un mayor impacto una vez sean reinvertidos en las actividades que establece la ley 1ª de 1991**.” (resaltado fuera de texto)*

De la lectura de lo definido en el CONPES, puede concluirse que lo dispuesto respecto del pago de la contraprestación le es aplicable tanto a los proyectos nuevos como a los que se encuentran en ejecución y más aún, a los que así lo pactaron contractualmente, en tanto que, como se indicó, no reflejaba, la formula anterior, la dinámica del negocio portuario.

Ahora bien, teniendo claro que la aplicación del CONPES en materia portuaria tiene un fundamento legal y que, ese fundamento legal debe replicarse en los contratos de concesión que se encuentren en curso, se procede a analizar la naturaleza de la cláusula que incluyó la obligación de dar aplicación inmediata al cálculo de la contraprestación en aquel documento de política portuaria.

Tal como se citó en líneas atrás, el contrato de concesión N° 004 de 2011, determinó en su numeral 10.11 lo siguiente:

> *“10.11. Teniendo en cuenta que el Ministerio de Transporte se encuentra adelantando un estudio para la modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación portuaria, si la reglamentación correspondiente no ha sido expedida al momento de suscribirse el presente CONTRATO, EL CONCESIONARIO acepta que deberá acogerse a ella de manera inmediata, a partir de su expedición.”*

De la lectura de la cláusula, se puede concluir, sin mayor análisis, que las partes acordaron que tan pronto se expidiera la nueva metodología para el cálculo de la contraprestación portuaria, de manera inmediata debería acogerse dicha metodología y, en razón a ello, se procedería con el pago de la contraprestación.

Resulta entonces necesario, en esta instancia recordar que en los acuerdos contractuales se encuentra inmerso el principio *pacta sunt servanda*, que ha sido desarrollado en el ordenamiento jurídico colombiano como la fuerza vinculante del acuerdo de voluntades, del que surge la ley para las partes.

Lo anterior implica que lo pactado tiene plena obligatoriedad para los extremos contractuales siempre que las disposiciones negociadas no vayan en contravía de lo dispuesto por la Ley. Esta disposición fue regulada en el artículo 1602 del Código Civil que dispone: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.*

En ejercicio de este principio, lo que se pretende es darle un valor superior a los acuerdos adelantados por las partes que les permita a estas tener la seguridad y certeza de las reglas de juego en el desarrollo contractual.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Así mismo, justifica la autonomía de la voluntad que se plasma en el contrato como el vehículo para permitir que existan reglas claras y compromisos establecidos para cada una de las partes. En desarrollo de este principio la doctrina[5] ha mencionado lo siguiente:

> *"CONCEPTO. - El vigor normativo que el legislador atribuye a los actos jurídicos de los particulares es corolario lógico de la consagración del postulado de la autonomía de la voluntad privada, ya que este equivale a una delegación en la voluntad privada de la potestad ordenadora que, en principio, corresponde exclusivamente a la ley. En virtud de tal delegación, las manifestaciones de la voluntad de los particulares pasan a convertirse en verdades normas jurídicas, dotadas de los atributos propios de estas, entre ellos de la obligatoriedad, en cuya virtud las partes quedan ligadas por sus propios actos, como lo estarían si las prestaciones que estipulan libremente fueran impuestas por el propio legislador."*

En línea con el análisis hasta aquí efectuado, la jurisprudencia[6] también ha hecho su aporte a fin de desarrollar el principio *pacta sunt servanda,* en desarrollo de la autonomía de la voluntad, lo que ha desarrollado de la siguiente manera:

> *"27. En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial."*

Como se destaca de la jurisprudencia citada, los acuerdos que se hacen por las partes en el contrato se hacen con el propósito de llevar a buen término la ejecución contractual, pero, adicionalmente, se entienden pactadas en el ejercicio de la buena fe y por ello ninguna de las partes contractuales debe sustraerse de las obligaciones que a partir de esos acuerdos, se encuentran a su cargo.

En apoyo de las manifestaciones efectuadas por el Despacho se trae a colación una jurisprudencia[7] que desarrolló precisamente el alcance del artículo 1602 de la siguiente manera:

> *"El artículo 1602 del Código Civil consagra el principio lex contractus, pacta sunt servanda, por cuya virtud se impone el cumplimiento obligatorio de los pactos que*

[5] Ospina Fernández y Ospina Acosta, Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, cita pág. 317.
[6] Sentencia del Consejo de Estado. Sentencia de 29 agosto de 2012. Exp. 21315.
[7] Sentencia del Consejo de Estado, Sentencia de 28 de enero de 2015. Exp. 31162

Documento firmado digitalmente
GTEC

dimanan de toda relación jurídica negocial (rectius: contrato), bien de manera espontánea o forzadamente. La mencionada disposición advierte sobre la fuerza normativa característica de todo contrato como efecto inicial del vínculo, en tanto "ata" a sus intervinientes al cumplimiento de un propósito común, lo cual supone una consecuencia práctico-jurídica de gran utilidad dentro del tráfico de bienes y servicios, en tanto ofrece estabilidad, previsibilidad y certidumbre en las relaciones contractuales y, en principio, genera la imposibilidad de aniquilar el vínculo por un acto unilateral.

El artículo 1602 del Código Civil refleja la fuerza vinculante del contrato y, por lo tanto, repudia toda actuación unilateral y caprichosa de alguna de las partes que tenga por finalidad afectar el interés común de los sujetos negociales y, en general, el desapegarse arbitrariamente del acuerdo de voluntades válidamente celebrado.

La autoridad de las partes, empero, no sólo comprende un acuerdo generatriz o fuente de un vínculo negocial; la autonomía que les es otorgada por el ordenamiento jurídico también supone su capacidad para la modificación o terminación de sus relaciones negociales por consenso recíproco (rectius: mutuus consensus, contrarius consensus, mutuus dissensus)"

Del recuento jurisprudencial adelantado, este Despacho puede concluir que cuando un contrato se encuentra celebrado válidamente, el mismo tiene vocación de ser vinculante a las partes, por lo que si alguna de las partes pretende eludir sus compromisos se vería inmerso en un incumplimiento contractual susceptible de ser perseguido por los medios legales determinados en la normativa.

Cabe anotar que, respecto del caso en estudio, el contrato de Concesion Portuaria N° 004 de 2011, dispuso una cláusula en la que determinó el cálculo de la contraprestación portuaria conforme a la reglamentación existente al momento de la suscripción, pero así mismo indicó que tan pronto se emitiera la nueva política portuaria respecto de la contraprestación, la misma sería adoptada de manera inmediata.

De la lectura del contrato no se encuentra cláusula que pretenda modular o establecer pasos previos para la aplicación inmediata de lo dispuesto en el documento CONPES 3744 respecto del cálculo de la contraprestación, lo cual debió incorporar el concesionario al contrato, si esa era su voluntad, pero tales manifestaciones se echan de menos del texto contractual, en el que solo se evidencia la voluntad de las partes encaminada a hacer una aplicación inmediata de lo dispuesto en el referido documento de lineamientos portuarios.

Todo lo hasta aquí expuesto deja en claro que el Concesionario está obligado al pago de la contraprestación portuaria conforme la metodología establecida en el documento CONPES 3744 de 2013.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Resta ahora analizar si, como dice el Concesionario, y se pretende acreditar a partir del dictamen pericial aportado, la aplicación de dicha metodología haría inviable financieramente el proyecto portuario.

Dentro de la actuación administrativa fue allegado, como prueba, dictamen pericial en el que, respecto del cálculo de la contraprestación, el perito concluyó:

> *"**6. CONCLUSIONES:***
>
> *• El plan financiero que elaboró **SPPH** para tomar la decisión de solicitar una concesión portuaria en 2008, que finalmente fue formalizada por el **CONTRATO** en 2011, arrojaba una **TIR** de 48,0% antes de asumir la contraprestación portuaria, que fue fijada en USD 675.402, pagadera por anualidades anticipadas equivalentes a USD 80.734.*
> *• Después de asumir el pago de la contraprestación portuaria la TIR del proyecto fue 14,6%, que no alcanza a ser considerada una buena rentabilidad, si se toma en cuenta que la resolución 596 de 15 de junio de 1996, que reglamentó la metodología de determinación de los coeficientes a y b, al afirmar que **"la tasa interna de retorno adecuada para proyectos portuarios se considera dentro de un rango del** (sic) **16% - 18%"***
> *• Teniendo en cuenta que la tasa de interés de oportunidad para el descuento de flujos es fijada por norma legal en 12% e.a., al aplicar esta al FCL del plan financiero elaborado por **SPPH** se obtiene un valor presente neto (**VPN**) igual a USD 90.422.*
> *Como afirma Javier Serrano Rodríguez "El **valor presente neto** corresponde a una cifra relativa adicional a lo que se obtendría al haber invertido en oportunidades convencionales…. Si VPN>0, el proyecto es conveniente. Si VPN<0, el proyecto no es conveniente desde el punto de vista económico. Un VPN>0 significa que el proyecto genera un beneficio adicional al que generan las oportunidades convencionales de la empresa (cuando se usa como tasa de descuento a la tasa de interés de oportunidad) o una ganancia neta con respeto al costo de financiación (tasa de descuento igual al costo de capital de la empresa). Por lo tanto, proyectos con valor presente neto positivo agregan valor a una empresa; Lo contrario ocurre con proyectos con un valor presente neto negativo.*

7. *Los valores de ambos indicadores, en el caso de **SPPH**, **TIR>TIO** y **VPN>0**, en el campo de la evaluación financiera de proyectos**,** permitirían al inversionista tomar la decisión de adelantar el proyecto.*
8. *Como se vio en el último acápite, el cambio de los componentes y la metodología de cálculo de la contraprestación portuaria, que ordenaron el Documento Conpes 3744, el decreto 1099 y la resolución 5394 de 2013, cambian completamente el*

Documento firmado digitalmente
GTEC

*análisis: todos los flujos de caja se vuelven negativos, no hay **TIR** positiva, y el **VPN** pasa a ser USD -2.207.423.*

9. Lo anterior implica que el inversionista deba cambiar su decisión, pues emprender el proyecto significa invertir, trabajar y perder dinero durante veinte años, teniendo pleno conocimiento de ello.

10. Aún peor el inversionista aporta el primer día USD 250.734, la suma de las inversiones y la primera anualidad anticipada, que sería el capital pagado, y pronto entraría en causal de liquidación, pues nunca tenía utilidad. En esas condiciones, el proyecto ni siquiera podría hacer el pago de la primera contraprestación portuaria establecida en el documento Conpes 3744 a menos que el inversionista haga capitalizaciones adicionales, porque ningún establecimiento de crédito prestaría recursos para el proyecto, sabiendo que no tiene ninguna capacidad de pago.

11. El mayor problema del inversionista consiste en que se enfrenta al hecho de que el pago de contraprestaciones portuarias, entre 2013 y 2030, asciende a USD 8.969.374, mientras que los ingresos totales estimados en el mismo periodo apenas llegarían a USD 5.990.365.

ES DECIR, QUE NI SIQUIERA CUBRIR LOS GASTOS operacionales (mano de obra, servicios, insumos, mantenimiento, etc.), 149,73% de los ingresos deben ser destinados a pagar la contraprestación portuaria entre 2013 y 2030.

En el escenario original, bajo las condiciones contractuales del CONTRATO y cumpliéndose las proyecciones del plan financiero inicial, la contraprestación portuaria representaba 24,21% de los ingresos, los gastos operacionales 40,4%, los impuestos 10,1% y la utilidad 22,6%"

Por su parte, la Gerencia financiera de la ANI, respecto de esta prueba, indicó como conclusiones las siguientes:

"La Agencia, en cumplimiento de su responsabilidad de administrar y evaluar proyectos de concesiones, hace seguimiento riguroso para asegurarse de que se cumplan todas las obligaciones establecidas en los contratos suscritos. Es por esta razón que, de acuerdo con lo dispuesto en la cláusula 10.11 de las condiciones generales del contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011, se procede a realizar la liquidación de la contraprestación bajo la metodología establecida en el CONPES 3744 de 2013.

Es importante resaltar, como ya se indicó previamente, los cálculos de contraprestación bajo los parámetros establecidos en el CONPES 3744 de 2013 y su Anexo 2 presentados en Dictamen presentan diferencias significativas, el dictamen se limitó exclusivamente a la estimación de los valores anticipados, sin tener en cuenta el requerimiento establecido en el mencionado Anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, que establece: " (…) Antes de finalizar los meses de

Documento firmado digitalmente
GTEC

febrero cada concesionario deberá corregir su liquidación del año anterior según el movimiento de carga real y la indexación del valor de referencia por metro cuadrado, del avalúo de la infraestructura concesionada y de los cargos (…)"

Lo que traduce, que a pesar de que la Agencia ha remitido periódicamente informes detallados de liquidación de contraprestación, el dictamen no tuvo en cuenta los lineamientos completos del CONPES.

El dictamen presenta un análisis del flujo de caja con valores proyectados al inicio de la concesión, sin embargo, se observa que los gastos incluyen valores de contraprestación que no son precisos debido a que, como se mencionó anteriormente, se calcularon de manera incorrecta, sin seguir los parámetros establecidos en el CONPES, que impacta la coherencia del flujo de caja del análisis.

Desde que se liquidó la contraprestación bajo CONPES 3744 de 2023 han trascurrido aproximadamente 10 años, y la contraprestación que debe pagar Puerto Hondo S.A., a cambio de la ocupación y utilización de las zonas de uso público otorgadas, y el puerto se ha negado a cumplir con esta obligación.

El dictamen muestra afectación por la contraprestación bajo metodología 3744 de 2013. Sin embargo, el concesionario presenta incumplimiento en pago de la contraprestación como se informó en radicado No. 20233080263811 de fecha 27 de julio de 2023. Además, es de precisar que desde el año 2019 no se evidencia consignaciones por concepto de pago de contraprestación por parte de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A., el concesionario ha optado por no cumplir con su obligación de pago según los parámetros establecidos en el CONPES 3744 de 2013. Resulta contradictorio que la Sociedad Portuaria se vea afectada por esta situación sin que se haya completado el pago de la contraprestación.

La Sociedad Portuaria puerto Hondo S.A., se encuentra incumpliendo con el Plan de inversiones, se evidencia que el concesionario no presentó soportes válidos que sustenten la ejecución del plan de inversiones, para la revisión financiera y técnica, sin que a la fecha se haya subsanado esta situación, por lo cual, mediante Resolución No. 1290 de fecha 29 de agosto de 2019 se declara el incumplimiento, por lo cual no procede la inversión inicial que menciona el dictamen al finalizar el documento.

El dictamen no presentó matriz en excel con los cálculos realizados que sirva como soporte a su informe.

El incremento o disminución de los rendimientos debido a las fluctuaciones en las tasas de cambio, tal y como lo menciona el dictamen, constituye un riesgo que

Documento firmado digitalmente
GTEC

recae exclusivamente sobre el inversionista, especialmente en este caso, de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A., es de indicar, que los riesgos económicos (diferencia cambiaria) o cualquier otro que se catalogue como económico, en los Contratos de Concesión Portuaria, son de quien solicita la concesión, lo anterior resulta en línea con la política de manejo de riesgos en los contratos de concesión señalada en el documento CONPES, además en la cláusula NOVENA del Contrato de Concesión Portuario No. 004 de 2011, se establecen los riesgos asignados tanto al Concesionario como a la Entidad.(…).”

Revisado entonces el dictamen pericial aportado por el Concesionario, se advierte que el mismo tiene algunas falencias, las cuales no permiten tener por certeras las conclusiones a que arriba el perito.

En efecto, se observa que el perito, para el cálculo del valor de la contraprestación portuaria, no siguió la metodología del anexo II del documento CONPES 3744, porque calculó el valor con base a estimaciones iniciales, y no con la carga real movilizada, como lo indica el documento CONPES; así mismo, no se aprecia una afectación a la sociedad portuaria por el pago de la contraprestación, como lo indica el perito, cuando el Concesionario no la ha pagado, como ya se ha demostrado en esta actuación; finalmente, las inversiones tenidas en cuenta en el dictamen, no están debidamente soportadas, de suerte que el perito no podía tenerlas en cuenta para su cálculo. Por todo lo expuesto, para el Despacho no es acertado el cálculo que del valor de la contraprestación portuaria hace el perito, y en consecuencia, no está demostrado que ese valor sea mayor al de los ingresos brutos que pueda obtener el Concesionario, ni que estemos ante un riesgo desbordado como lo sostiene el Concesionario.

Consecuencia de lo anterior resulta ser que para el Despacho no resultan de recibo argumentos tendientes a señalar que por ser tan desbordado el riesgo de asumir el pago de la contraprestación portuaria con la metodología CONMPES 3744 de 2013, se estaría incumpliendo con el porcentaje mínimo de WACC, o con la TIR del proyecto, ya que no está probado que el riesgo sea en efecto tan desbordado como lo sostiene, sin acreditarlo en debida forma, el Concesionario.

En conclusión, por no estar probado que estemos ante un riesgo desbordado, adicional a que existe un riesgo financiero que desde el momento en que se suscribió el contrato fue asumido por el Concesionario, quien, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pactó con el INCO la modificación automática de la cláusula de contraprestación, en cumplimiento de las disposiciones legales que regulan el contrato de concesión, es claro que el argumento no está llamado a prosperar.

6.4. Del desequilibrio económico del contrato para la sociedad portuaria puerto hondo al aplicar la fórmula de contraprestación portuaria prevista en el CONPES 3744 de 2013

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Afirmó en sus argumentaciones el Concesionario que lo dispuesto en la Ley 1ª de 1991 es imperativo para los contratos de concesión que se celebran al amparo de dicha ley y que ante la naturaleza del contrato de concesión se causó un abrupto desequilibrio económico del contrato para la Sociedad Portuaria Puerto Hondo que desencadenó en el no pago de la contraprestación ya que no está reservado a la discreción de las partes contratantes abordar la cuestión de la contraprestación portuaria a reconocer con base en una directriz o lineamiento diferente al que establece la norma mencionada, en la medida que contiene un mandato al cual han de sujetarse las partes y, particularmente, la entidad concedente, quien ejerce la potestad dispositiva que le otorga el ordenamiento jurídico en el preciso marco de la ley que regula la actividad.

En consecuencia, mencionó que la tesis adoptada por la ANI es errada al aplicar por la fuerza la metodología de la contraprestación dispuesta en el CONPES 3744 de 2013 para la SPPH, sin importar el desequilibrillo económico del contrato y, por ende, hacer efectivo el pago de unas sumas exorbitantes que no corresponden a la realidad contractual del concesionario.

Respecto de las afirmaciones propuestas por la apoderada para abordar el tema del desequilibrio económico del contrato de concesión que, en su criterio, se presentó ante el cambio en la fórmula de la contraprestación, este Despacho encuentra pertinente analizar este planteamiento desde dos perspectivas, la primera, el desequilibrio económico y la segunda, la fuerza o el constreñimiento a efectos de la imposición de lo previsto en el documento CONPES 3744 (posibilidad de modificar el contrato eliminado la cláusula que obliga a aplicar la metodología CONPES 3744).

(i) Del desequilibrio económico del contrato.

Como se anunció líneas atrás, la apoderada del concesionario, a fin de excusar el cumplimiento de las obligaciones referidas en esta actuación administrativa propuso la existencia de un desequilibrio económico del contrato ante la aplicación automática del CONPES 3744.

Para evacuar esta argumentación este Despacho iniciará indicando que, la aplicación del documento CONPES, como se ha analizado en este acto administrativo, fue pactado por las partes desde la suscripción como una obligación, luego lo dispuesto en la cláusula 10.11 era de conocimiento y aceptación del concesionario; ahora bien, lo pertinente es identificar si efectivamente la aplicación de aquella metodología afectó la ecuación financiera del contrato de concesión y, en consecuencia, tal situación impidió que la sociedad portuaria Puerto Hondo cumpliera con las obligaciones contractuales previstas para el plan de inversiones, la operación del puerto, el pago de contraprestación portuaria, las obligaciones referidas a mantener las garantías contractuales y entregar, al concedente, la información por este solicitada.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Así las cosas, se procede a ilustrar los elementos del desequilibrio económico del contrato estatal derivados de la teoría de la imprevisión, conforme a las providencias del Consejo de Estado, en los que se ha determinado lo siguiente:

> *"La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que es cierto que el contrato una vez suscrito es ley para las partes y obliga a su cumplimiento en los términos pactados, sin embargo, también se sostiene que ello no opera de manera absoluta, como quiera que el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato es asunto que se encuentra comprendido. Esto es, los hechos que afectan de manera grave e imprevisible cuando a) en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas de carácter general que sí bien no tocan al contrato directamente, lo afectan negativamente -hecho del príncipe-; b) se ejerce un poder exorbitante o una cláusula excepcional por parte de la administración contratante y c) factores externos surgidos durante la ejecución del contrato, paralelos a este y posteriores a la celebración surgen, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio -teoría de la imprevisión.[8]"*

En este mismo sentido,

> *"a. (…) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes (…)"*

Resulta oportuno recordar que el órgano de cierre de lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en señalar que el desequilibrio económico no genera imposibilidad de dar

[8] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO Bogotá, D. C., primero (1.º) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000232600020020238201 (36.359)

Documento firmado digitalmente
GTEC

cumplimiento a las obligaciones contractuales, ya que aún en el evento en que se presentaran todos los elementos constitutivos de dicho desequilibrio financiero, esto no genera impedimento para dar cumplimiento a las obligaciones concebidas.

En este sentido, es pertinente anotar que la figura del desequilibrio económico en la contratación pública tiene como objetivo satisfacer el interés general, pese a circunstancias externas, imprevistas o imprevisibles y extraordinarias, que hagan más gravosa la prestación del servicio.

Lo anterior tiene como propósito que el servicio público prestado no se vea interrumpido, y que la carga y mayor onerosidad sea indemnizada de acuerdo con los gastos en que incurre el particular, eventualmente hasta el punto de no pérdida.

Al respecto se tiene densa jurisprudencia que ha decantado el objeto y propósito de la figura del desequilibrio económico del contrato estatal. El Consejo de Estado ha definido que:

> *"En tales condiciones, se tiene que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato;* ***en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente.***[9]*"*
> *(Negrilla y subrayado fuera del texto original)*

En este mismo sentido y en providencia más reciente el Consejo de Estado, también ha dicho:

> *"Este concepto o calificación de colaborador del cocontratante de la administración, como es conocido de arraigado origen francés, dio paso al principio del "equilibrio financiero del contrato" o a la "honesta equivalencia de prestaciones", con el que se trata de privilegiar el carácter conmutativo o sinalagmático, que, por regla general, tiene el contrato estatal, en especial en aquellos de ejecución a mediano o largo plazo.*
> *(…)*
>
> *Este principio encuentra también sustento en la continuidad del servicio o el cabal cumplimiento del contrato Estatal, por cuanto lo que le interesa a la administración es lograr el objeto del contrato, o sea, la provisión de los*

[9] Consejo de estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de septiembre de 2003. C.P.: Ricardo Hoyos Duque. Exp. 68001-23-15-000-1995-00464-01(14.781)

Documento firmado digitalmente
GTEC

bienes, la correcta ejecución de la obra o la buena prestación del servicio y evitar, ante todo, que el interés público se afecte como consecuencia del desabastecimiento de los bienes o la paralización de las obras o los servicios contratados, de manera que, en veces, es necesario adoptar las medidas tendientes a impedir que el contrato por alguna circunstancia sobreviniente y extraordinaria se dificulte o no pueda cumplirse por trastocar o alterar la economía del contrato o el equilibrio o igualdad de las prestaciones.[10]"

En consecuencia y conforme a las providencias trascritas, se resalta que un supuesto desequilibrio económico del contrato no podría ser utilizado como una causal de justificación frente al incumplimiento de las obligaciones contractuales, por cuanto, como ya se dijo, la contratación pública tiene como propósito que las prestaciones se cumplan pese a que éstas generen una mayor onerosidad, ya que la mayor onerosidad (en contratos en que ese riesgo no esté asignado al contratista) puede dar el derecho al contratista a que le sea reconocido el mayor valor por la administración, pero en ningún caso lo exonera de cumplir con sus obligaciones.

Es por ello que, en el caso que acá se trata, respecto del incumplimiento que ha presentado la sociedad concesionaria Puerto Hondo de las obligaciones de ejecutar el plan de inversiones, operación de la terminal portuaria, pago de contraprestación por la explotación de la zona de uso público, contar con las garantías previstas legalmente que amparen el contrato y hacer entrega al concedente de la información que haya requerido, no se excusa ante el alegado desequilibrio contractual citado por la apoderada en sus descargos, pues, se reitera, esa figura, refiriéndonos al desequilibrio económico contractual, es procedente cuando el contratista en ejercicio de las obligaciones encomendadas por la administración y en pleno cumplimiento de lo pactado contractualmente incurre en una mayor onerosidad, la que se extraña en el caso que nos ocupa, en tanto el concesionario si bien alega encontrarse ante un desequilibrio económico, es evidente que no ha ejecutado ninguna de las obligaciones contractuales que se encuentran a su cargo y que están materializadas en los cinco incumplimientos objeto de esta actuación, lo que lleva forzosamente a concluir que no ha sufrido el alegado desequilibrio económico.

Se recuerda entonces que la figura del desequilibrio económico desarrollada por la Ley 80 de 1993, de manera inicial, está encaminada a retribuir al contratista el mayor costo que pueda generar el cumplimiento de una obligación contractual (cuando ese mayor costo no sea un riesgo atribuido al contratista), pero no aplica para excusar al contratista estatal de dar cumplimiento a sus obligaciones y, en tanto el concesionario, en este caso, no ha cumplido sus obligaciones contractuales, la figura no sería aplicable.

[10] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-04390-01(18080).

Documento firmado digitalmente
GTEC

En apoyo de la exposición efectuada, el Despacho procede a analizar una condición especial que reviste el contrato de concesión que nos ocupa y respecto de la cual no sería aplicable la referida figura del desequilibrio económico del contrato en el presente caso.

En análisis previo que se hiciere sobre las características particulares del contrato de concesión portuaria con la exposición que se adelantó respecto del equilibrio económico del contrato le permite concluir al Despacho, que en razón a la naturaleza misma del contrato, el riesgo que implica su ejecución fue asumido por el Concesionario con la suscripción del aludido contrato y que, de esto, refiriéndonos a la carga respecto del riesgo, tuvo conocimiento el Concesionario desde su suscripción del mismo, emanado del acuerdo de las partes y respecto del cual no adelantó ningún tipo de objeción o desacuerdo por lo que no puede pretender en esta instancia exonerarse de responsabilidad por el incumplimiento de obligaciones a su cargo, sobre la base de un supuesto desequilibrio económico del contrato.

Por lo expuesto, los razonamientos y argumentaciones de la Apoderada del Concesionario, en este punto, se despachan desfavorablemente.

(ii) Otrosí contractual

Dentro de las argumentaciones propuestas por la apoderada mencionó que la ANI cuenta con la facultad legal para equilibrar el contrato lo que ocurriría mediante la suscripción de un otrosí contractual que elimine la cláusula 10.11 del Contrato.

Sin embargo, tal como se ha expuesto, no se evidencia la efectiva existencia de un desequilibrio económico del contrato en tanto no se ha demostrado los costos adicionales en los que ha tenido que incurrir el concesionario para atender sus compromisos contractuales, ya que todo lo contrario, se ha demostrado que ha adoptado el comportamiento de incumplimiento por la aplicación de la fórmula prevista para el pago de la contraprestación sin que se evidencie siquiera cumplimiento parcial de ninguna de las obligaciones que son objeto de reproche en este procedimiento administrativo.

En consecuencia, pese a que tal como lo ha afirmado la apoderada se cuenta con la facultad para modificar el contrato, la cláusula 10.11 del contrato se incorporó en tanto así lo determina la Ley y no encuentra la ANI mérito para su modificación, menos aún, si el fundamento es la existencia de un desequilibrio que, en suma, no se ha materializado en tanto no se han probado los mayores costos en los que ha incurrido el concesionario para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

(iii) De la existencia de fuerza en la aplicación de la metodología CONPES

Al respecto y acudiendo a manifestaciones efectuadas por el Despacho en análisis anteriores, ha quedado demostrado que las partes acudieron de manera voluntaria a la suscripción del contrato, sin embargo, en esta instancia la apoderada hace referencia a la

Documento firmado digitalmente
GTEC

existencia de fuerza ejercida por la ANI para dar aplicación a lo previsto en la metodología CONPES 3744, lo que evidentemente implica un vicio en el consentimiento.

Del material probatorio obrante en la actuación se encuentran las Resoluciones 083 y 227 del 2010 en las que se aprueba el trámite de concesión portuaria, luego se suscribe en el 2011 el contrato de Concesión N° 004 en el que las partes delimitaron su alcance, sus obligaciones y compromisos contractuales, en ninguno de ellos se evidencian salvedades o cláusulas de las que pueda darse una interpretación adicional a la ya adelantada.

En este punto, pone de relieve el Despacho que la fuerza en la aplicación de lo dispuesto en el documento CONPES solo fue alegada en esta instancia, es decir, no se alegó en oportunidad previa y solo resulta de una mera afirmación de la apoderada al evidenciar que, posiblemente, la nueva fórmula de contraprestación propuesta por el documento CONPES no era beneficiosa para sus intereses.

Así las cosas, se hace necesario analizar si efectivamente la fuerza que alega la apoderada haber ejercido la ANI frente a la aplicación de las disposiciones del documento CONPES efectivamente corresponde a una *"injusta coacción física o moral que se ejerce sobre una persona para inducirla a la celebración de un acto jurídico."*

En vista de lo anterior, la jurisprudencia[11] ha mencionado como requisito para entender que ha habido fuerza que vicie el consentimiento, lo siguiente:

> *"Se requiere entonces del cumplimiento, por un lado, de un elemento objetivo consistente en que los hechos que dan lugar a la fuerza en verdad se presenten y, por otro, de un elemento subjetivo referido a que tales hechos tengan la magnitud para alterar el juicio de una persona de acuerdo con sus circunstancias personales. La configuración de la fuerza como vicio del consentimiento puede presentarse, tal y como lo ha reconocido la jurisprudencia, en los estados de violencia generalizada. Cabe advertir que esta regulación es también aplicable en materia mercantil por virtud de lo establecido en el inciso primero del artículo 900 del Código de Comercio y en las cláusulas de remisión al derecho civil de los artículos 2 y 822 de dicho Código."*

En línea con la cita adelantada, el Consejo de Estado[12] también ha emitido pronunciamientos al respecto, en donde mencionó lo siguiente respecto de la fuerza como vicio en los contratos:

> *"la presión o amenaza para hacer efectivo un derecho o el cumplimiento de un deber o la satisfacción de un interés patrocinado por el orden jurídico, no puede constituir por sí sólo un acto de fuerza o violencia*"

[11] Corte Constitucional. Sentencia C-345 de 24 de mayo de 2017. Exp. D-11758
[12] Consejo de Estado, Sentencia de 26 julio de 2012. Exp. 23605

Documento firmado digitalmente
GTEC

En este entendido, para hablar de vicio que pueda efectivamente implicar la nulidad de un contrato debe demostrarse que existió el constreñimiento que implicó que una de las partes se viera en desequilibrio respecto de la otra, y que esta situación se presentara de manera injustificada.

En punto a lo expuesto, no encuentra el Despacho prueba o motivación que lo lleve al convencimiento de concluir que efectivamente a causa de una fuerza ejercida por el INCO o la ANI en esta instancia, el concesionario se encuentre en desventaja y, por tanto, pueda entenderse que existe un vicio en el contrato celebrado.

Lo que puede evidenciarse es que, en el marco de lo acordado por las partes y en ejercicio del deber de vigilancia que debe adelantar el concedente, se ha exigido la aplicación del documento CONPES 3744, en tanto que este hace parte del contrato y se aceptó por la sociedad concesionaria que ese pacto o cláusula fuera parte del marco jurídico que regularía su trasegar contractual.

Por lo anterior, el argumento de desequilibrio o desventaja del contratista ante la existencia de fuerza en la aplicación del documento lineamientos portuarios carece de fundamento y, en consecuencia, será despachado desfavorablemente.

Adicionalmente, en este punto, la apoderada insistió en que la ANI no tenía la facultad para negociar un contrato de concesión portuaria, con la aplicación de una metodología diferente a la contenida en la reglamentación vigente al momento de suscribir el Contrato de Concesión Portuaria 004 de 2011, entre otras cosas, porque la entidad desconocía los términos de las nuevas fórmulas de contraprestación y no sabía la forma en la que afectaría económica y financieramente a cada concesionario.

Para desatar esta argumentación, de entrada, se encuentra que carece de fundamento lo referido por la apoderada en tanto, como se ha insistido en el presente acto administrativo, la Sociedad Portuaria también se encontraba en condiciones de negociación y, en consecuencia, pudo abstenerse de suscribir el contrato e incluso negociar la cláusula e incluir salvedades a lo dispuesto en el numeral 10.11.

Igualmente se encuentra oportuno recordar que los artículos 1603 del Código Civil, así como el 871 del Código de Comercio se ocuparon de abanderar el principio de buena fe como rector de la actividad contractual.

Estas disposiciones normativas han sido ampliamente desarrolladas por la jurisprudencia por lo que han desencadenado en la teoría de los actos propios, que impone a las partes del contrato una coherencia frente a los actos que se adoptan fuente a su cocontratante y lo que se espera de ellos en el ejercicio contractual.

Documento firmado digitalmente
GTEC

El artículo 83 de la Constitución política, elevó a rango constitucional el principio de buena fe y tuvo como propósito determinar una regla general de comportamiento, aquella norma dispone:

> *"Artículo 83. Las actuaciones de los particulares y de las autoridades deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas."*

Como se ha indicado, esta regla de comportamiento pretende dar seguridad respecto de los compromisos y acuerdos adelantados, en nuestro caso, en materia contractual. En consecuencia, y en apoyo de lo mencionado se hace necesario hacer referencia al desarrollo jurisprudencial que se ha adelantado respecto de los actos propios. En ese sentido, se acude a lo indicado por la Corte Suprema de Justicia[13], cuando mencionó que:

> *"(…) Con fundamento en el comentado principio, se ha estructurado la 'doctrina de los actos propios' -venire contra factum proprium non valet-, conforme a la cual, en líneas generales, con fundamento en la buena fe objetiva existe para las personas el deber de actuar de manera coherente, razón por la cual ellas no pueden contradecir sin justificación sus conductas anteriores relevantes y eficaces, específicamente si con tales comportamientos se generó una expectativa legítima en los otros sobre el mantenimiento o la continuidad de la situación inicial"*

De la cita adelantada, podemos concluir que lo que deriva de la importancia de un actuar coherente es que no obrar de esa manera está afectando la confianza legítima que es lo que se espera del otro y lo lleva a adoptar un comportamiento determinado.

> *"(…) Las reseñas verificadas, con todo y las variables incorporadas en cada región o normatividad, respecto de las cuales no entra la Corte a establecer categorizaciones o ligeras generalizaciones, ponen de presente la teoría de los actos propios o 'venire contra factum proprium non valet', que en definitiva conclusión, puede anunciarse* ***que es la coherencia exigida en el comportamiento de las personas, de tal forma que lo realizado en el pasado, que ha servido, a su vez, como determinante o referente del proceder de otras o que ha alimentado, objetivamente, ciertas expectativas, no pueden ser contrariadas de manera sorpresiva, caprichosa o arbitraria, si con ello trasciende la esfera personal y genera perjuicio a los demás.[14]"*** *(Subrayado fuera de texto).*

De la exposición adelantada puede concluirse que la sociedad portuaria Puerto Hondo suscribió el contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011, bajo ningún tipo de constreñimientos y menos aún con algún tipo de objeción a su texto, luego solo fue objeto

[13] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 8 de noviembre de 2013. Exp. 2006-00041-01
[14] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de enero de 2001. Exp. 2001-00457-01.

Documento firmado digitalmente
GTEC

de controversia la aplicación automática de lo dispuesto en el documento CONPES 3744, cuando evidenció que el mismo no le era favorable, por lo que cuestiona este despacho si el comportamiento hubiese sido el mismo si la modificación en la fórmula para el cálculo de la contraprestación fuera excesivamente favorable al contratista.

En consecuencia, el haber suscrito el contrato sin ningún tipo de salvedad y con pleno conocimiento y aceptación de la inclusión de una cláusula que obligaba a aplicar de forma inmediata la nueva metodología para el cálculo de la contraprestación, deja claro a todas luces que no estamos ante una fuerza o constreñimiento que vicie el consentimiento de la sociedad Portuaria Puerto Hondo.

Por lo expuesto el argumento no resulta de recibo.

6.5. En relación con la decisión de declarar la caducidad del contrato de concesión portuaria 004 de 2011 por el no pago de la contraprestación portuaria por parte de la sociedad portuaria puerto hondo.

En este título la apoderada, insistió en que el contrato es nulo, pese a que este no es el escenario jurídico para proponerlo. Afirmó que el pago de la contraprestación portuaria no puede ser exigido por la ANI por cuanto el cálculo del mismo no fue determinado desde la suscripción del contrato, por lo que la cláusula 10.11 del contrato lo que pretendía era abrir el camino a una revisión de la contraprestación adicional que se había pactado en el Contrato de Concesión 004 de 2011, lo que es distinto a sostener que la cláusula contiene la asunción de SPPH de determinar el valor a reconocer y pagarlo de inmediato que es lo que dice la ANI y desata el incumplimiento de una obligación de hacer que, en realidad, no contrajo.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

De entrada hay que señalar que la pretendida nulidad de la cláusula 10.11 o del contrato, no es un tema que pueda ser resuelto en sede de esta actuación sancionatoria, de suerte que el argumento, solo por eso, pudiera ser rechazado. Sin embargo, el Despacho aprovechará para hacer algunas precisiones en torno al tema propuesto por la apoderada.

Sobre la nulidad contractual, el Consejo de Estado se ha manifestado acerca de la competencia del Juez para declarar la nulidad de la siguiente manera:

> *"Por lo anterior, fue el propio Estatuto el que dispuso que cuando la entidad pública determina que el contrato fue celebrado con persona inhabilitada o encontrada en causal de incompatibilidad, o celebrado contra expresa prohibición constitucional o legal, o_cuando se hubieren declarado nulos los actos administrativos en los que se soportó, debería terminar unilateralmente el contrato y disponer su liquidación, sin importar el estado en que se encuentre la ejecución del negocio jurídico. Se trata*

Documento firmado digitalmente
GTEC

> *de una atribución exorbitante del Estado, "puesto que, en el régimen común o privado de la contratación, las cuales de nulidad solamente pueden ser conocidas y declaradas por el juez del contrato, y en el estatuto público la propia entidad pública puede conocer la causal, reconocer su realidad y dar por terminado el contrato". Nótese cómo, a pesar de que el motivo que da lugar a la terminación es la nulidad, lo que hace la entidad pública es terminar el negocio jurídico, más no proceder a su anulación.*
>
> *La nulidad implica, "la declaratoria de pérdida de validez, del contrato de alguna de sus cláusulas es materia de definición jurisdiccional". En este caso solo los interesados determinados para ejercer esta acción pueden invocar una de las causales o varías para declarar la nulidad del contrato por medio de un juez el cual se pronuncia mediante sentencia que prestara tránsito a cosa juzgada, por lo tanto: "La nulidad de un acto o contrato es en el derecho colombiano un asunto de definición jurisdiccional. Es el juez del contrato "administrativo o civil" o del acto administrativo el que puede anularlo por razones de ilegalidad. Si la administración lo hace queda la decisión viciada de incompetencia"*[15]
> (Subrayado fuera del texto)

Reforzando lo anterior, se observa lo señalado por el Consejo de Estado en un pronunciamiento previamente citado, así:

> *(…)*
>
> *"Mientras la terminación unilateral del contrato estatal compete al jefe o representante legal de la entidad estatal contratante, como ya se indicó, la competencia para declarar la nulidad absoluta le corresponde, exclusivamente, al juez del contrato"*[16]*.*

Incluso, la Corte Constitucional en sede de tutela promovida por Métodos y Sistemas S.A., contra la Alcaldía Distrital de Barranquilla, estableció en el desarrollo jurídico del fallo como fundamento de la decisión las características relevantes de las nulidades absolutas de los contratos estatales, las cuáles la enumeró de la siguiente forma:

> *"1. La declaratoria de nulidad busca devolver las cosas al estado "en que se hallarían si no hubiese existido el contrato nulo. (…) 2. La declaratoria de nulidad es del resorte exclusivo del juez del contrato, y por ende se plasma en una sentencia que hace tránsito a cosa juzgada. (…) 3. La declaratoria de nulidad apunta a regresar las cosas al estado anterior a la celebración del*

[15] Consejo de Estado, Sentencia 10 de julio de 1990

[16] Consejo de Estado. Sección Tercera. Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ. Bogotá D.C., veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación: 85001-23-31-000-1996-00309-01(15324)

Documento firmado digitalmente
GTEC

contrato, es decir, efectos "ex tunc" (…) 4. La nulidad absoluta puede ser adoptada con posterioridad a la terminación del contrato, por cuanto pretende desaparecer todos los efectos jurídicos producidos"[17]

En consecuencia, la declaración de la nulidad de un contrato o la existencia de vicios en el mismo, al ser una facultad que le corresponde de forma exclusiva al Juez del contrato, escapa de las potestades con que cuenta la administración y, como consecuencia de ello, no es procedente en esta actuación resolver de fondo la petición de la apoderada del Concesionario, o que como consecuencia de ello termine la relación contractual para obviar el cumplimiento de las obligaciones que de esta se desprenden.

En todo caso el Despacho se permite precisar en torno a la supuesta nulidad de la cláusula 10.11 que, tal como se ha analizado, la interpretación que se está haciendo por parte de la apoderada se aleja de lo expresamente pactado por las partes, en tanto la referida cláusula mencionó de manera expresa que el concesionario aceptó acogerse a la metodología del documento CONPES, de manera inmediata, esto es, a partir de su expedición.

Como se pone de presente, en ningún momento se indicó que para su aplicación debía procederse a un análisis previo a fin de determinar la conveniencia o no para el proyecto, situación que pudo haberse expuesto por el concesionario en su oportunidad y hacer parte del clausulado contractual, lo que efectivamente no ocurrió.

Pero vale preguntarse por qué no pasó de esa manera?, Porque la voluntad de las partes era precisamente la que quedó plasmada en el contrato, esto es dar una aplicación automática a lo dispuesto en el documento CONPES y, en consideración a ello, pactaron una cláusula sin salvedades, sin que pueda ser sujeta a interpretaciones.

Es por lo expuesto que en punto a que la apoderada en este título menciona la imposibilidad de declarar el incumplimiento y, en consecuencia, declarar la caducidad del contrato de concesión portuaria, es evidente que mientras el contrato sea válido, como efectivamente lo es, y el mismo sea objeto de incumplimientos graves por parte del contratista, que amenacen su parálisis, el mismo podrá ser objeto de declaratoria de caducidad por el ente contratante, por lo que el argumento no es de recibo.

6.6. Sobre el valor del contrato.

La apoderada mencionó que la cláusula cuarta de las condiciones generales del contrato de concesión portuaria establece la forma en la cual deberá calcularse el valor del contrato con base en lo que se establezca en las condiciones específicas. En consecuencia, la cláusula octava de las condiciones específicas del contrato de concesión

[17] Corte Constitucional, Sentencia T- 387, 2009

Documento firmado digitalmente
GTEC

portuaria determinó el valor del contrato en la suma de USD$675.402, que para el momento correspondía al valor de la contraprestación.

Por su parte, refiere que la cláusula 10.11 de las condiciones generales del contrato de concesión portuaria en ningún momento estableció que también se modificaría el VALOR DEL CONTRATO, en consecuencia, el valor del contrato no ha sido modificado, ya que había sido fijado en la cláusula 8 de las condiciones específicas, y la administración no puede interpretarlo así de manera unilateral, ya que esto constituiría un abuso del poder en la interpretación de las condiciones contractuales pactadas.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

En punto a lo que propone la apoderada se encuentra pertinente acudir a lo mencionado en la cláusula respecto del valor del contrato:

> *"CLÁUSULA CUARTA: VALOR DEL CONTRATO Y DE LAS CONTRAPRESTACIONES. El valor del CONTRATO de concesión portuaria será el valor presente neto que resulte de la sumatoria del valor presente de cada una de las contraprestaciones anuales por concepto de zona de uso público e infraestructura en los siguientes términos:*
>
> *4.1 contraprestación por zona de uso público – ZUP:*
>
> *EL CONCESIONARIO pagará como contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de la ZUP el valor presente neto de la suma en dólares de loa Estados Unidos de América, establecida en las CONDICIONES ESPECIFICAS, liquidada a:*
>
> *4.1.1. La tasa representativa del mercado-TRM del día siguiente a la firma del presente contrato, en de calendarse en un único pago o,*
> *4.1.2. La tasa representativa del mercado TRM del primer día de cada anualidad, la cual se contabilizará desde el día siguiente a la firma del presente contrato.*
>
> *PARAGRAFO PRIMERO: De dicho pago corresponderá el ochenta por ciento (80%) a la NACION- Instituto nacional de vías – INVIAS y el veinte por ciento (20 %) restante al municipio en el que se desarrolle el proyecto portuario, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 856 de 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991.*
>
> *4.2, Contraprestación por infraestructura:*
>
> *EL CONCESIONARIO pagará como contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de infraestructura, el valor presente neto de la suma en dólares de los*

Documento firmado digitalmente
GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Estados Unidos de América establecida en las CONDICIONES ESPECIFICAS, liquidada a:

1.2.1. Tasa representativa del mercado TRM- del día siguiente a la firma del presente contrato, en de calendarse en un único pago o,
1.2.2. La tasa representativa del mercado TRM del primer día de cada anualidad, la cual se contabilizará desde el día siguiente a la firma del presente contrato.

PARAGRAFO SEGUNDO: De dicho pago corresponderá el cien por ciento (100%) a la NACION- de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1° del artículo 1° de la Ley 856 de 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991."

Como se puede concluir de la cita efectuada, el valor del contrato está estrechamente relacionado con el valor de la contraprestación, por lo que, en consecuencia, la variación automática que se adelantó con ocasión de la expedición del documento CONPES sí tenía incidencia directa en el valor del contrato.

En ese sentido, y teniendo en cuenta que la inclusión del nuevo cálculo de la contraprestación fue expresamente acordada por las partes en el contrato como una obligación sujeta a condición y que, ante la ocurrencia de la condición, lo pertinente era dar aplicación de manera automática a la metodología propuesta, la consecuencia inmediata, era y es precisamente que el valor del contrato varíe.

En línea con lo anterior, el valor del contrato no determinó un valor o cifra específica para ser determinado como lo alega la apoderada del concesionario, sino que se sujeta a unos conceptos o fórmulas para determinar su valor que se cimenta, de manera especial, en el cálculo de la contraprestación.

Así las cosas, la apoderada en el análisis que adelantó encontró que la cláusula en cita soporta su cálculo en el valor de la contraprestación inicialmente prevista en el contrato, entendiendo, de esta manera, que efectivamente el soporte del valor del contrato es precisamente el valor de la contraprestación, en ese sentido, al haberse pactado el cambio de la contraprestación portuaria, la consecuencia lógica de lo acordado por las partes no puede ser otra que la variación de la fórmula que permite establecer el valor contractual.

En punto a la modificación e interpretación unilateral del contrato, baste con señalar que ello No ha ocurrido en el presente caso, sin perjuicio de lo cual se debe recordar a la apoderada que ello sí es posible, pero dadas unas circunstancias particulares y siguiendo el procedimiento para ello.

En efecto, la Ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 16 que:

Documento firmado digitalmente
GTEC

> ***"ARTÍCULO 16.- De la Modificación Unilateral.*** *Si durante la ejecución del contrato y para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él****, fuere necesario introducir variaciones en el contrato*** *y previamente las partes no llegan al acuerdo respectivo, la entidad en acto administrativo debidamente motivado, lo modificará mediante la supresión o adición de obras, trabajos, suministros o servicios. (…)" (Resaltado fuera de texto)*

En desarrollo de esta disposición contractual la jurisprudencia[18] ha mencionado respecto de la modificación unilateral lo siguiente:

> ***"****La modificación unilateral del contrato estatal constituye una facultad que el legislador, en uso de su facultad configurativa, le ha otorgado a la administración cuando ésta actúa como contratante en un negocio jurídico de carácter estatal."*

Como se pone de presente, esta facultad es excepcional de la administración, que le permite introducir variaciones a las disposiciones contractuales, de entrada entonces encuentra el Despacho que tal circunstancia no ocurrió en el caso que nos ocupa, en tanto que, como se ha mencionado a lo largo del presente acto administrativo, las partes, desde la configuración contractual, encontraron pertinente incluir, una vez fuera expedida, la variación en el cálculo dela contraprestación que dispusiera el documento CONPES 3744.

Así, la ANI en ningún momento expidió acto administrativo que incluyera modificaciones o lineamientos adicionales a los ya previstos por las partes, en consecuencia, el reproche que pretende hacer la apoderada sobre una interpretación unilateral de la ANI sobre el valor contractual, carece de fundamento en tanto al modificar la formula del cálculo de la contraprestación, la consecuencia era precisamente que el valor del contrato variaría sin que ello implicase una modificación o interpretación unilateral del contrato.

Por lo expuesto, los argumentos propuestos por la apoderada del concesionario no tienen vocación de prosperar.

Pasa el Despacho a analizar los argumentos de la aseguradora.

7. EN RELACION CON LOS ARGUMENTOS PROPUESTOS POR LA ASEGURADORA

La apoderada de la aseguradora presentó sus descargos, para ello coadyuvó la solicitud de cerrar la actuación administrativa sancionatoria en atención a los argumentos propuestos por la apoderada del concesionario.

Respecto de sus argumentaciones mencionó que, ante la existencia de desequilibrio económico del contrato y la alteración del orden público, estamos ante situaciones

[18] Sentencia C-949 - 2001

Documento firmado digitalmente
GTEC

eximentes de responsabilidad que no estarían amparadas por la póliza de cumplimiento del contrato.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Ante las alegaciones propuestas por la apoderada de la aseguradora se analizará si efectivamente el desequilibrio económico y los hechos de orden público ya analizados por este Despacho se enmarcan en un eximente de responsabilidad que impida a la ANI hacer efectiva la garantía.

Para analizar la argumentación, es preciso mencionar que la existencia de eventos eximentes de responsabilidad tiene como propósito romper el nexo causal existente entre el hecho y su consecuencia dañina. En apoyo de esta apreciación, se acude a lo mencionado por la jurisprudencia respecto del nexo causal:

> *"El accionante también tiene que demostrar en juicio la causalidad adecuada entre el daño padecido y la conducta de riesgo imputada al Estado mediante prueba directa o indirecta, porque la ley no ha señalado en materia de relación causal ni presunciones legales respecto de las cuales, probado un hecho (s) el legislador infiera su causalidad adecuada, ni tampoco los conocimientos del juez sobre la realidad social lo autorizan para deducir con certeza el nexo de causalidad eficiente y determinante. La prueba del nexo puede ser: a) directa, mediante los medios probatorios que lo representan por sí mismo y/o b) indirecta, mediante indicios; este medio de convicción lógico indirecto, requiere de la demostración de unos hechos indicadores que apunten con fuerza el hecho indicado[19]…"*

En ese entendido, la afirmación de la apoderada está encaminada a indicar que los diferentes incumplimientos que fueron endilgados al concesionario efectivamente se presentaron pero que los mismos obedecen a circunstancias extrañas a la sociedad portuaria Puerto Hondo.

En este sentido, el contratista puede alegar, ante la existencia de incumplimiento, una causa extraña, la existencia del hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito y la culpa exclusiva de la víctima. Ahora bien, la apoderada de la aseguradora mencionó que ante la existencia de un desequilibrio económico del contrato existía un rompimiento del nexo causal y que, por tanto, no eran responsabilidad del concesionario los incumplimientos mencionados.

Encuentra el despacho que lo alegado por la apoderada carece de fundamento en tanto como se analizó, no se encuentra demostrada en la actuación que se hubiese presentado un desequilibrio económico del contrato, pues como se indicó, no se allegó prueba de que, para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, el concesionario haya tenido

[19] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2002, expediente 13477.

Documento firmado digitalmente
GTEC

que incurrir en costos adicionales a los previstos en el contrato, entre otras cosas, porque no las ha cumplido.

De otra parte, no se demostró que la existencia de las condiciones de orden público en Tumaco haya impedido el desarrollo del proyecto portuario en las condiciones previstas en el contrato, pero en todo caso se analizaran los requisitos previstos para la procedencia de un evento eximente de responsabilidad, a efectos de determinar si dichas condiciones configuran un eximente de responsabilidad.

El artículo 64 del Código Civil Colombiano, subrogado por el artículo 1° de la Ley 95 de 1890, dispone que puede llamarse fuerza mayor o caso fortuito *"(…) el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público etc."*

De conformidad con la doctrina nacional, por causal exonerativa de responsabilidad se entiende aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad.

La jurisprudencia, respecto del hecho de un tercero como eximente de responsabilidad ha mencionado lo siguiente:

> *"Por otra parte, en relación con la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la misma se configura siempre y cuando se demuestre que la circunstancia extraña es completamente ajena al servicio y que éste último no se encuentra vinculado en manera alguna con la actuación de aquel"*

De la cita jurisprudencial que se pone de presente, es claro que para que opere esta causal de evento eximente de responsabilidad se prevé, como presupuesto necesario, que el hecho del tercero sea determinante y exclusivo para el daño ocasionado y que, además, ese hecho haya sido imprevisible e irresistible para quien lo pone de presente.

Así las cosas y, bajo ese entendido, es claro que el concesionario no demostró que efectivamente se materializó el riesgo por orden público y, en consecuencia, no se cumple con el requisito de que el hecho de ese tercero haya influido de manera directa con el incumplimiento endilgado. Pero adicional y por las razones que se expusieron en el acápite sobre el orden público en Tumaco, es claro que dichas condiciones de orden público eran previsibles e incluso conocidas por el Concesionario desde antes de suscribir el contrato, lo cual desdibuja el elemento de imprevisibilidad, necesario requisito para poder considerarse que existe una fuerza mayor o un caso fortuito.

Así las cosas, no existe merito en la actuación para declarar la existencia de un evento eximente de responsabilidad que impida afectar la póliza que ampara el contrato de concesión N° 004 de 2011 en su amparo de cumplimiento.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Teniendo en consideración que ninguno de los argumentos propuestos por la apoderada del Concesionario ni por el apoderado del garante, logro desvirtuar los incumplimientos demostrados, y que los mismos son imputables al Concesionario, habrá lugar a referirse sobre las consecuencias de la declaratoria de dichos incumplimientos.

8. CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL

8.1. De la caducidad del contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011

Teniendo en cuenta los incumplimientos enlistados, los cuales consisten en la falta de ejecución del plan de inversiones, la no operación del puerto, no pagar la contraprestación, la falta de aportar las garantías contractuales y la no entrega de información a la ANI, resulta claro que se trata de incumplimientos graves que tienen paralizado el proyecto portuario.

Tratándose de contratos estatales, la Administración tiene como deber velar por el cumplimiento de los fines estatales, procurar la correcta y continua ejecución de los contratos, ser garante de la operación de los proyectos, gestora del interés general y propender por la correcta prestación del servicio público.

Esta afirmación guarda sustento normativo en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al atribuir al Estado *"la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato"*, en pro de evitar la paralización o la afectación grave de la prestación de los servicios públicos a su cargo y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, habilitándola en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo en cita, de forma expresa para fijar *"cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra".*

Para el cumplimiento de los fines estatales y, en ejercicio del poder de dirección y control del Contrato, la Administración, como medida de control exclusiva, más no primaria, adopta y hace uso lícito y reservado de diversos mecanismos o instituciones jurídicas entendidas también como facultades excepcionales, entre las que se enmarca la declaración de caducidad del contrato estatal, que resulta aplicable y le otorga ventaja a la Administración frente al incumplimiento severo, grave, reiterado y continuo de las obligaciones a cargo del contratista que afecten la directa y oportuna ejecución de obligaciones a su cargo, a un punto tal, que paralice la continua y eficiente prestación de un servicio público a cargo de la Administración o conduzca de forma inminente a su paralización.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Lo anterior se materializa en lo indicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado[20], la cual, frente a la noción de caducidad del contrato estatal, ha considerado lo siguiente:

> *"Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.*
>
> *Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización."*

Frente a la oportunidad, en dicha providencia la Sala sostuvo que la declaratoria de caducidad solo resultaba procedente durante el término de ejecución del contrato y no cuando este ya se hubiera terminado:

> *"(…)*
>
> *El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la "ejecución del contrato", de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal. Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.*
>
> *(…)*

[20] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, doce (12) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000-23-26-000-2002-01656-01 (29.203) Actor: FERNANDO SCARPETTA CARRERA Demandado: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A. – F.N.G. S.A.-

Documento firmado digitalmente
GTEC

> *En este contexto,* ***al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo(…)***
>
> *(…) si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte "la ejecución del contrato" y se presente su "paralización" cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida"* [21] (Negrita fuera del texto)

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la normatividad sobre caducidad contractual aplicable al presente contrato, resulta claro que existe una norma especial, que es la Ley 1 de 1991, la cual establece las causales por las cuales puede declararse la caducidad del contrato de concesión portuario; sin embargo, es igualmente claro que la Ley 1 de 1991 no regula aspectos como las consecuencias que trae consigo la caducidad del contrato, por lo que en todo lo no regulado por la norma especial, se deberá dar aplicación a la norma general, que para el caso resulta ser la Ley 80 de 1993.

En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, respecto de la caducidad de la concesión portuaria se señala que: *"La Superintendencia General de Puertos podrá declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de*

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 50422-23-31-000-1369-01 (17.031), reiterado en Sentencia del 10 de marzo de 2011, Exp 16.856, entre otras.

Documento firmado digitalmente
GTEC

reposición", por tanto, se tendrá como base lo indicado en el mencionado artículo 18, en lo que tiene que ver con las causales para declarar la caducidad en cualquier momento durante el plazo de ejecución contractual estipulado por las partes.

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 señala sobre la caducidad y sus efectos, lo siguiente:

> *"(…) La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*
>
> *En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar (…)."*

En consonancia con lo anterior, desde el clausulado contractual encontramos la Cláusula decimocuarta, que señala que:

> *"El **CONCEDENTE** o quien haga sus veces, podrá declarar la caducidad administrativa por medio de acto administrativo motivado, dando por terminado el contrato y ordenando su liquidación, previo el procedimiento administrativo correspondiente.*
>
> *14.1 Causales de caducidad:*
>
> *EL CONCEDENTE podrá imponer la caducidad en los siguientes eventos:*
>
> *14.1.1. Cuando el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones a cargo del CONCESIONARIO afecte de manera grave y directa la ejecución del CONTRATO, de tal forma que sea evidente su paralización, de conformidad con lo previsto en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 y las normas que la complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen.*
>
> *14.1.2. Cuando el CONCESIONARIO incumpla las condiciones bajo las cuales se otorgó la CONCESION, o desconozca las obligaciones y prohibiciones a las cuales está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público.*

Documento firmado digitalmente
GTEC

14.1.3. Cuando el CONCESIONARIO suspenda injustificadamente las actividades portuarias en la ZUP entregada en CONCESION, sin dar previo aviso al CONCEDENTE por un término superior a un (1) mes.

14.1.4. Cuando el CONCESIONARIO incurra, con ocasión de la ejecución del CONTRATO en cualquiera de las causales de caducidad de que trata el artículo 90 de la Ley 418 del 26 de diciembre de 1997, modificado por el artículo 31 de la Ley 782 de 2002 y las normas que la complementan, modifiquen, reglamenten o deroguen.

14.1.5. Cuando el CONCESIONARIO pague sumas de dinero a extorsionistas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 40 de 1993 y las normas que la complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen."

Conforme lo expuesto en el presente acto administrativo, para la Agencia resulta claro que a partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, el artículo 18 de Régimen de la Contratación Estatal y la Cláusula 14.1 del Contrato de Concesión Portuaria, corresponde, en uso de las potestades atribuidas por la ley y por el contrato, proceder con la declaratoria de la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, toda vez que las obligaciones incumplidas por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A, afectan directamente la ejecución del contrato de manera tal que tiene paralizado el proyecto portuario.

Al respecto se observa que las obligaciones de las cuales ya se había declarado el incumplimiento y que hoy persisten en su inobservancia corresponden a aquellas obligaciones principales del contrato de concesión, dirigidas al logro de los fines previstos en de la Ley 1 de 1991.

La primera de las obligaciones que se reputa incumplida corresponde a la no ejecución del plan de inversiones del Contrato de Concesión 004 de 2011. Sobre esta obligación debe recordarse que el plan de inversiones está definido como el conjunto de actividades necesarias para el desarrollo del proyecto. Estas actividades según el numeral 1.13 de la cláusula primera del contrato, surge de la propuesta realizada por el concesionario y aprobado por concedente, en el mismo se engloban los ítems generales, el valor total de cada uno y la duración en la que se llevará a cabo las inversiones al 100%.

En la presente actuación se ha acreditado que a pesar de haberse conminado al concesionario al cumplimiento del plan de inversiones mediante las Resoluciones 1290 de 29 de agosto de 2019, confirmada mediante Resolución No. 2020-707-000597-5 de 18 de mayo de 2020, el concesionario no ha realizado gestión alguna para la puesta al día del plan de Inversiones.

Ahora bien, sumado a la no realización de las actividades precisadas en el plan de inversiones, debe agregarse que también se ha acreditado en proceso anterior el

Documento firmado digitalmente
GTEC

incumplimiento relativo a la No Operación del terminal portuario de la forma como está definida en las cláusulas 5.1, 1 y 5.1.7. Estas obligaciones están dirigidas ya no a la realización de obras de construcción de infraestructura, si no que por el contrario garantizaban que el concesionario mantuviera en estado óptimo de operación el puerto concesionado de acuerdo con las normas y prácticas portuarias generalmente aceptadas, y a que le diera un uso al puerto concesionado, toda vez que el Estado no concesiona puertos para que particulares no les den uso.

Y aunque ya había sido declarado el incumplimiento de dicha obligación mediante resoluciones No. 1023 de 10 de julio de 2019 y confirmada mediante Resolución No. 158 de 5 de febrero de 2020 a la fecha el concesionario Puerto Hondo no se encuentra adelantando la operación del puerto.

Aunque estas dos obligaciones representan el principal interés de la Nación en la entrega en concesión de forma temporal y exclusiva de las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquélla, de acuerdo a lo establecido en la Ley 1 de 1991, y por ello, bastaría con el incumplimiento a estas dos obligaciones para considerar procedente declarar la caducidad del contrato de concesión portuaria, en este caso existen adicionalmente otros incumplimientos que sumados a los ya expuestos, reafirman en el Despacho la necesidad de terminar anticipadamente el contrato.

En efecto, también se ha acreditado que el concesionario tampoco ha pagado la contraprestación portuaria, entendida ésta como la prestación económica por el disfrute y uso de espacio público. Y aunque en el acto de citación se dejó claro que el concesionario no ha realizado el pago por las anualidades 2015 a 2023, este hecho tampoco fue desvirtuado por el contratista, teniéndose por tanto acreditado en la actuación la mora en el pago a favor del Estado.

Siendo así es evidente que el cumplimiento de las obligaciones principales a cargo del contratista se encuentra totalmente trastocado en la medida que no ha realizado las obras de inversión en la zona portuaria concedida, no está operando el puerto en las condiciones establecidas y, finalmente, tampoco está reconociendo al Estado la contraprestación económica debida. Por consiguiente, puede este Despacho afirmar que los incumplimientos acreditados han generado la afectación grave y directa a la ejecución del contrato. De igual forma, con su incumplimiento, el concesionario PUERTO HONDO ha perjudicado gravemente el interés público en la medida que doce años después de haberse otorgado la concesión no se ha logrado la correcta operación del terminal, no se han realizado las actividades programadas en el plan de inversión previstas para el año 1 y se ha incumplido el pago por contraprestación portuaria tanto al INVIAS como al municipio de Tumaco.

Luego entonces, no puede desconocerse que los graves incumplimientos acreditados en el curso del procedimiento e imputables a Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A., han

Documento firmado digitalmente
GTEC

trascendido e impactan el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, impidiendo en consecuencia el cumplimiento de su objeto, ya que el objeto del contrato es la realización de un proyecto portuario a partir de unas inversiones para la operación del puerto, a cambio del pago de una contraprestación a la Nación y al municipio de Tumaco y, en este caso, como se ha demostrado, el Concesionario no ha realizado las inversiones, no opera el puerto, tampoco pagó la contraprestación, lo que se traduce en que no se ha ejecutado el proyecto portuario, afectando gravemente el interés público subyacente a todos los contratos de concesión, el cual es satisfacer una necesidad, que se encuentra desatendida, pues ni se ejecutaron las obras que se debieron ejecutar para prestar el servicio portuario (Incumplimiento al plan de inversiones), ni se prestó servicio portuario alguno (No se operó el puerto), ni se pagó a la Nación y al Distrito de Tumaco la contraprestación por el uso de los bienes concesionados (Incumplimiento al pago de la Contraprestación).

Adicionalmente y por si lo dicho fuera poco, el Concesionario no allegó las garantías pertinentes y tampoco entregó la información requerida por la ANI en ejercicio de sus labores de seguimiento.

En atención a lo expuesto, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 así como lo previsto en el Contrato de Concesión, la consecuencia de todos los incumplimientos presentados dará lugar a la declaratoria de caducidad, poder establecido en favor de la Administración Pública, que procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista que perjudique gravemente el interés público, que afecte de manera directa la ejecución del contrato y que evidencie que puede conducir a su paralización, situación demostrada a lo largo de la presente actuación sancionatoria, en la que ninguna de las pruebas enrostradas por la Agencia al Concesionario, ha sido desvirtuada.

Así pues, la Agencia, a través de esta Coordinación, y de conformidad con lo expuesto, procederá a declarar la caducidad del Contrato de Concesión No. 004 de 2011, y junto con dicha declaración ordenará, tal como lo dispone la ley, *i)* dar por terminado el vínculo negocial sin indemnización para el contratista; *ii)* ordenar su liquidación en el estado en el que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993; *iii)* ordenar el pago de los perjuicios ocasionados; i*v)* hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro; y *v)* configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1º del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

8.2. De la afectación de la garantía de cumplimiento

Al respecto, hay que mencionar que la garantía de cumplimiento que ampara el contrato obedece a la póliza No. 62-44-101004501 en la que se amparó el contrato de concesión desde el 6 de julio de 2016 hasta el 06 de julio de 2021.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Al respecto, el Decreto 1082 en su artículo **2.2.1.2.3.1.1** ***los riesgos que, en materia contractual, deben estar cubiertos.***

> ***"****El cumplimiento de las obligaciones surgidas en favor de las Entidades Estatales con ocasión de: (i) la presentación de las ofertas; (ii)* ***los contratos*** *y su liquidación; y (iii) los riesgos a los que se encuentran expuestas las Entidades Estatales, derivados de la responsabilidad extracontractual que pueda surgir por las actuaciones, hechos u omisiones de sus contratistas y subcontratistas, deben estar garantizadas en los términos de la ley y del presente título." (Negrilla fuera de texto)"*

En línea con lo anterior, la misma norma, hizo referencia a la garantía de cumplimiento contractual, de la siguiente manera:

> ***"ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento.*** *La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir: (…)*
> *3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:*
> *3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*
> *3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;*
> *3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y*
> *3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.*
> *(…)*
> *8. Los demás incumplimientos de obligaciones que la Entidad Estatal considere deben ser amparados de manera proporcional y acorde a la naturaleza del contrato."*

En punto a lo expuesto, es claro que el concesionario debía contar con las garantías que amparen el cumplimiento obligacional, sin embargo, y tal como fue expuesto previamente, el concesionario no ha cumplido con esta obligación.

En ese orden de ideas, pese a que la garantía inicialmente prevista tiene como fecha de terminación el 6 de julio de 2021, sin embargo, con ocasión de la indivisibilidad de las garantías que fue prevista en la norma en comento, Seguros del Estado se encuentra asegurando actualmente el contrato de concesión. En soporte de lo expuesto, el artículo 2.2.1.1.3.1.3 que para el efecto dispuso:

> ***"Indivisibilidad de la garantía.*** *La garantía de cobertura del Riesgo es indivisible. Sin embargo, en los contratos con un plazo mayor a cinco (5) años las garantías pueden cubrir los Riesgos de la Etapa del Contrato o del Periodo Contractual, de acuerdo con lo previsto en el contrato.*

Documento firmado digitalmente
GTEC

En consecuencia, la Entidad Estatal en los pliegos de condiciones para la Contratación debe indicar las garantías que exige en cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual así:

1. La Entidad Estatal debe exigir una garantía independiente para cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual o cada unidad funcional en el caso de las Asociaciones Público Privadas, cuya vigencia debe ser por lo menos la misma establecida para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual respectivo.

2. La Entidad Estatal debe calcular el valor asegurado para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional, tomando el valor de las obligaciones del contratista para cada Etapa del Contrato, Periodo Contractual o unidad funcional y de acuerdo con las reglas de suficiencia de las garantías establecidas en el presente título.

*3. Antes del vencimiento de cada Etapa del Contrato o cada Periodo Contractual, **el contratista está obligado a obtener una nueva garantía que ampare el cumplimiento de sus obligaciones para la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente**, si no lo hiciere se aplicarán las reglas previstas para el restablecimiento de la garantía.*

*Si el garante de una Etapa del Contrato o un Periodo Contractual decide no continuar garantizando la Etapa del Contrato o Periodo Contractual subsiguiente, debe informar su decisión por escrito a la Entidad Estatal garantizada seis (6) meses antes del vencimiento del plazo de la garantía. Este aviso no afecta la garantía de la Etapa Contractual o Periodo Contractual en ejecución. **Si el garante no da el aviso con la anticipación mencionada y el contratista no obtiene una nueva garantía, queda obligado a garantizar la Etapa del Contrato o el Periodo Contractual subsiguiente.”***

Ahora bien, conforme a lo indicado en las normas en cita, el contrato de concesión determinó como obligaciones contractuales a cargo de la sociedad Puerto Hondo en materia de Seguros, las siguientes:

***CLÁUSULA OCTAVA. GARANTÍAS. El CONCESIONARIO** se obliga a otorgar las garantías requeridas, en cualquiera de las modalidades previstas en el Decreto 4828 de 2008 (y las normas que lo complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen), con entidades aseguradoras o bancarias sometidas a la vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, quienes expedirán la póliza o el certificado, de conformidad con la normatividad colombiana vigente. En los contratos de garantía bancaria, el solicitante deberá acreditar el otorgamiento de la*

Documento firmado digitalmente
GTEC

garantía mediante la entrega del documento original contentivo del contrato suscrito por el representante legal del establecimiento bancario o por su apoderado y en ella deberá constar el nombre del CONCEDENTE como beneficiario y la forma de hacerla exigible.

8.1. Garantía do cumplimiento:

8 1.1. El CONCESIONARIO otorgará la garantía que ampare a la Nación, a través del CONCEDENTE, al Instituto Nacional de Vías – INVIAS, a la Superintendencia de Puertos y Transporte y al municipio o distrito donde opere el puerto o el embarcadero, los perjuicios que se deriven del incumplimiento total, parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones surgidas del presente CONTRATO, incluyendo el pago de multas o cláusula penal pecuniaria.

8.1.2. Esta garantía se otorgará, por el tres por ciento (3%) del valor total presente del PLAN MAESTRO DE INVERSIÓN, sin que en ningún caso, ésta sea inferior a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes El valor asegurado se establecerá en dólares de los Estados Unidos de América, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado - TRM del día de su expedición o en la moneda que se establezca para el pago de la contraprestación.

8 1.3. La vigencia de la garantía será como mínimo igual al plazo del CONTRATO y seis (6) meses más, y en caso de ampliación o modificación de estos deberá ser prorrogada o reajustada.

En desarrollo de lo pactado contractualmente se tiene que, era obligación del concesionario mantener las garantías dentro de la vigencia contractual, sin embargo, ello no ocurrió por lo que en aplicación de lo previsto en el artículo 2.2.1.1.3.1.3, Seguros del Estado está llamado a atender el siniestro ocasionado por el incumplimiento de las obligaciones contractuales referidas a la falta de ejecución del plan de inversiones, no operación del terminal portuario, no pago de la contraprestación, no contar con las garantías previstas contractualmente y no entregar la información que le fuere solicitada por el concedente.

8.3. De la Cláusula Penal

A partir de los incumplimientos acreditados en la presente actuación administrativa sancionatoria imputables al Concesionario Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A., y de conformidad con las consecuencias previstas en la citación remitida mediante oficio con radicado ANI No. 20237070107341 del 31 de marzo de 2023, ante la declaratoria de Caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en principio procedería hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en el Contrato.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Sin embargo, como se verá, la tasación de la cláusula penal es muy inferior a los perjuicios que se lograron acreditar en la presente actuación, por lo cual la Agencia optará por la imposición de los perjuicios derivados de los Incumplimientos que dan lugar a la caducidad del contrato, y no hará efectiva la cláusula penal.

En efecto, conviene recordar que la tasación de la cláusula penal fue analizada por la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, mediante memorando N° 20233080036033 del 7 de marzo de 2023 y 20233080173993 del 21 de noviembre de 2023, en los que se realizó el cálculo de la cláusula penal de la siguiente manera:

DETALLE	**VALOR**	
Total, Contraprestación (1) (Precios Dic/ 2013)	USD	4.352.194
CPI Dic. de 2013 (2)		233,049
CPI oct. de 2023 (3)		307,671
Factor Indexación (4) = (3) / (2)		1,320
USD Oct. de 2023 (5) = (1*4) Dólares corrientes	USD	5.745.761
% Cláusula Penal Pecuniaria (6)		10%
Valor Cláusula Penal Pecuniaria (7) = (5) *(6)	**USD**	**574.576**

Como se puede apreciar, la cláusula penal ascendería a la suma de QUINIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 574.579), con fecha de corte octubre de 2023. No obstante, los perjuicios, como se verá a continuación, exceden por mucho esa cantidad, por lo que la Agencia no hará efectiva la cláusula penal, y en su lugar, acudirá a la imposición de los perjuicios.

8.4. De los perjuicios que se causan y su cuantificación.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Respecto de los perjuicios, es evidente que los mismos fueron acreditados por la Supervisión del Contrato de Concesión, a partir de lo expuesto en la solicitud de inicio de la actuación, todo lo cual fue incluido en el oficio de citación radicado ANI No. 20237070107341 del 31 de marzo de 2023 con los respectivos anexos, y en virtud de que el concesionario de modo alguno cuestionó o desvirtuó dichos perjuicios, para el

Documento firmado digitalmente
GTEC

Despacho los mismos se encuentran debidamente demostrados en la presente actuación administrativa sancionatoria.
A continuación, se señala en qué consisten esos perjuicios:

1. Contraprestación: Estimación del valor adeudado por capital + intereses (hasta el momento en que se defina la presente actuación)

2. Plan de Inversiones: Cálculo de lo dejado de construir (hasta el momento en que se defina la presente actuación), para ello se realizará la evaluación técnica y financiera de lo ejecutado a la fecha a fin de determinar, según criterio de funcionalidad, su imputación y validar que cumplimiento del valor VPN contractual.

Teniendo en cuenta lo anterior y a partir del cálculo efectuado por la supervisión, los siguientes son los perjuicios que se causan en desarrollo del contrato de concesión No. 004 de 2011 por el incumplimiento de las siguientes obligaciones: (i) No ejecución del plan de inversiones y (ii) No pago de la contraprestación portuaria.

Respecto de los demás incumplimientos, estos son: (i) no operación del puerto, (ii) no contar con las garantías contractuales y (iii) no entrega de información, no obra en el proceso prueba que permita afirmar que se encuentran perjuicios directos.

(A) Plan de inversiones contractual

Teniendo presente que mediante Resolución No. 1290 de fecha 29 de agosto de 2019 se declaró el incumplimiento de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. por la no ejecución de las obras previstas en el PLAN MAESTRO DE INVERSIÓN, de conformidad con lo dispuesto con la Clausula Quinta, numerales 5.1.1, 5.1.8 Y 5.1.9 de la Parte General y Clausula Quinta numeral 5.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011. PLAN MAESTRO DE INVERSIÓN y que el cumplimiento corresponde a CERO POR CIENTO (0%), además que a fecha el Concesionario no ha subsanado esta situación. El perjuicio derivado del plan de inversiones corresponde al valor amortizado del plan de inversiones (modelo financiero) durante el tiempo transcurrido de la concesión.

De acuerdo con lo previsto en la Cláusula Novena del Contrato de Concesión No. 004 de 2011, la sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A., durante el primer año debía ejecutar las siguientes inversiones, por valor de USD 170.000 dólares corrientes, así:

DESCRIPCION (INV USD)	CANTIDAD	UNIDAD	FECHA DE EJECUCIÓN	VALOR
Ingeniería y diseños de muelle	1	GLOBAL	Año 1	20.000
Reparación placa superior del muelle en concreto	120	M3	Año 1	40.800

Documento firmado digitalmente
GTEC

DESCRIPCION (INV USD)	CANTIDAD	UNIDAD	FECHA DE EJECUCIÓN	VALOR
Reparación bitas de amarre	3	UNIDAD	Año 1	4.500
Suministro e instalación defensas marinas	20	UNIDAD	Año 1	104.700
TOTAL				**170.000**

"PARÁGRAFO PRIMERO. Para los efectos del presente CONTRATO, se tiene como VALOR PRESENTE NETO la suma de CIENTO CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS OCHENTANTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 151.786) descontado al doce por ciento (12%) efectivo anual)."

En memorando de radicado No. 20193030069303 de fecha 09 de mayo de 2019 se presentó informe de seguimiento VGC del contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en el mismo se evidencia que el concesionario no presentó soportes válidos que sustenten la ejecución del plan de inversiones, para la revisión financiera y técnica, sin que a la fecha se haya subsanado esta situación, razón por lo cual se mantiene el incumplimiento a pesar de que ya fue sancionado por tal motivo.

El perjuicio asociado a la falta de ejecución del Plan de Inversiones parte de la base que el Concesionario debió haber ejecutado integralmente el Plan de Inversiones cuyo VPN asciende a USD151.786. De esta forma, si el Concesionario hubiera actuado conforme a lo pactado en el Contrato, al momento de expiración del plazo previsto e incluso al momento de terminación anticipada por Declaratoria de Caducidad, la entidad debería recibir la zona de uso pública otorgada en concesión con todos los activos invertidos, en virtud de la reversión que sobre ellos hubiera operado.

En esta medida, al no haberse ejecutado el Plan de Inversiones, la Agencia Nacional de Infraestructura en calidad de Entidad Concedente recibirá la zona de uso público sin los bienes reversibles, lo cual, evidentemente constituye un menoscabo al patrimonio de la Nación que debe ser indemnizado a título de perjuicios.

Ahora bien, comoquiera que de acuerdo con la lógica financiera del Contrato de Concesión, la inversión que debió haberse ejecutado iba a ser amortizada durante la vigencia del Contrato, y ante su terminación de forma anticipada implica que tal amortización no se logrará de forma integral, por lo que no se hubieran dado los supuestos para el retorno de la inversión y la consecuente reversión a título gratuito de la infraestructura portuaria, de manera que solo es posible tasar, a título de perjuicios, el monto de la inversión que hubiera sido amortizada hasta la fecha en que tiene ocurrencia la terminación anticipada del Contrato.

Documento firmado digitalmente

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

Para efectos de determinar el perjuicio se proyecta la amortización del plan de inversiones respecto a los 20 años del contrato de concesión y el Valor Presente Neto (VNA) total contractual, debido a que no se ejecutó inversión, esto es respecto a los USD 151.786 como cuotas uniformes con la tasa de descuento en términos reales del doce por ciento (12%) efectivo anual, y se toma el VNA amortizado a 30 de noviembre de 2023 correspondería al presunto perjuicio y es equivalente a USD 561.639.

El cálculo de lo anterior puede ser evidenciado en la siguiente tabla, así:

Tabla 1
Cálculo del Perjuicios Incumplimiento plan de inversiones

												DIAS A 30/11/2023	421
	Ejecución plan de inversiones											DIAS AÑO	365
	Detalle / Año	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11,00	12,15
	Fecha Inicial	6/10/2011	6/10/2012	6/10/2013	6/10/2014	6/10/2015	6/10/2016	6/10/2017	6/10/2018	6/10/2019	6/10/2020	6/10/2021	6/10/2022
	Fecha Final	5/10/2012	5/10/2013	5/10/2014	5/10/2015	5/10/2016	5/10/2017	5/10/2018	5/10/2019	5/10/2020	5/10/2021	5/10/2022	30/11/2023
	AÑO CONTRACTUAL	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12,15
	Ingeniería y diseños de muelle	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -
	Reparación placa superior del muelle en concreto	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -
	Reparación bitas de amarre	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -
	Suministro e instalación defensas marinas	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -
	TOTAL	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -
	TASA	12%											
	VPN CONCESIONARIO	USD -											
	VPN CUMPLIMIENTO	USD 151.785,71											
	DIFERENCIA VPN	-USD 151.785,71											

Documento firmado digitalmente

GTEC

Para contestar cite:
Radicado ANI No.: **20237070016695**
20237070016695
Fecha: **30-11-2023**

MEMORANDO

Amortización plan de Inversiones:

Detalle / Año	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11,00	12,15
Fecha Inicial	6/10/2011	6/10/2012	6/10/2013	6/10/2014	6/10/2015	6/10/2016	6/10/2017	6/10/2018	6/10/2019	6/10/2020	6/10/2021	6/10/2022
Fecha Final	5/10/2012	5/10/2013	5/10/2014	5/10/2015	5/10/2016	5/10/2017	5/10/2018	5/10/2019	5/10/2020	5/10/2021	5/10/2022	30/11/2023
AÑO CONTRACTUAL	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12,15
Amortización Esperada	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321
Amortización a la fecha	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 23.439
VPN TOTAL	USD 151.786											
VPN AMORTIZADO	USD 141.729											
Equivalencia en VPN a hoy con tasa de descuento	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD 561.639

Fuente: GIT Financiero 1 – VGCON (Ver anexo de excel)

MEMORANDO

Amortización plan de Inversiones:

Detalle / Año	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11,00	12,15
Fecha Inicial	6/10/2011	6/10/2012	6/10/2013	6/10/2014	6/10/2015	6/10/2016	6/10/2017	6/10/2018	6/10/2019	6/10/2020	6/10/2021	6/10/2022
Fecha Final	5/10/2012	5/10/2013	5/10/2014	5/10/2015	5/10/2016	5/10/2017	5/10/2018	5/10/2019	5/10/2020	5/10/2021	5/10/2022	30/11/2023
AÑO CONTRACTUAL	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12,15
Amortización Esperada	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321
Amortización a la fecha	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 23.439
VPN TOTAL	USD 151.786											
VPN AMORTIZADO	USD 141.729											
Equivalencia en VPN a hoy con tasa de descuento	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD 561.639

Fuente: GIT Financiero 1 – VGCON (Ver anexo de excel)

Amortización plan de Inversiones:

Detalle / Año	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11,00	12,15
Fecha Inicial	6/10/2011	6/10/2012	6/10/2013	6/10/2014	6/10/2015	6/10/2016	6/10/2017	6/10/2018	6/10/2019	6/10/2020	6/10/2021	6/10/2022
Fecha Final	5/10/2012	5/10/2013	5/10/2014	5/10/2015	5/10/2016	5/10/2017	5/10/2018	5/10/2019	5/10/2020	5/10/2021	5/10/2022	30/11/2023
AÑO CONTRACTUAL	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12,15
Amortización Esperada	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321
Amortización a la fecha	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 20.321	USD 23.439
VPN TOTAL	USD 151.786											
VPN AMORTIZADO	USD 141.729											
Equivalencia en VPN a hoy con tasa de descuento	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD -	USD 561.639

Documento firmado digitalmente
GTEC

Así las cosas, se tiene que para el 30 de noviembre de 2023 el perjuicio que al parecer se habría ocasionado a la Entidad como consecuencia del presunto incumplimiento por la no ejecución del Plan de Inversiones corresponde a la suma de **QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS (USD 561.639).**

(B) Perjuicios por el presunto Incumplimiento por no pago de la contraprestación

El perjuicio generado por el no pago del valor de la contraprestación liquidada anualmente, a favor del INVIAS y del municipio Tumaco Nariño, corresponde al valor de la contraprestación dejada de pagar y al valor de los intereses moratorios establecido Parágrafo segundo en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del contrato No. 004 de 2011, que indica lo siguiente:

> *"(…) 4.3 Intereses de Mora: En caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos se liquidarán a la tasa máxima legal permitida por la ley sobre el valor en pesos de la obligación en mora, liquidados a la tasa representativa del mercado - TRM- de la fecha en la cual ha debido generarse el pago oportuno".*

Es preciso indicar que, la Contraprestación según el CONPES 3744 de 2013 se encuentra estructurada por **(i)** un Componente Variable en función de la carga movilizada y **(ii)** un Componente Fijo en función de la zona de uso público otorgada en concesión. Ahora bien, la Contraprestación se liquida anualmente, esto implica que se paga con una periodicidad anual, y que de esta forma en cada anualidad vencida se torna exigible la obligación y por tanto su impago genera mora en cabeza del concesionario.

Así las cosas, se tiene que, proyectado, a 30 de noviembre 2023, el saldo a capital más los intereses año a año, por concepto de contraprestación portuaria, es el siguiente:

Tabla 4
Saldo total pendiente por pago contraprestación proyectado a 30/11/2023

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD)		TOTAL K (USD)	SALDO ACUMULADO CAPITAL (COP)	INTERESES ACOMULADOS (COP) (**)		TOTAL INTERESES (COP) (**)	TOTAL DEUDA COP
	INVIAS	MUNICIPIO		INVIAS Y MUNICIPIO(*)	INVIAS	MUNICIPIO		
30/11/2023	USD 3.863.433	USD 221.528	USD 4.084.961	$ 17.390.169.946	$ 19.202.115.117	$ 1.110.293.988	$ 20.312.409.105	$ 37.702.579.051

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGCON – Ver Anexo de excel

Nota: (*) Para conversión de saldo a capital a COP se utilizó la TRM promedio de 2022 que corresponde a $ 4.257,12 siguiendo lineamientos del CONPES 3744 de 2013.
(**) Valor de intereses hasta el 30 de noviembre de 2023 a la tasa definida en el Parágrafo segundo en el numeral 4.3 de la cláusula del contrato de concesión portuaria.

A continuación, se detalla el monto del perjuicio por el presunto no pago de la contraprestación, de forma anualizada:

Documento firmado digitalmente
GTEC

Tabla 5
Saldo total pendiente por pago contraprestación proyectado a 30/11/2023 Año a año.

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD)		TOTAL (USD)	INTERESES ACUMULADO (COP)		TOTAL INTERESES (COP)
	INVIAS	MUNICIPIO		INVIAS	MUNICIPIO	
2015	USD 919.412	USD 56.901	USD 976.314	$ 6.166.639.424	$ 391.994.731	$ 6.558.634.156
2016	USD 379.690	USD 20.382	USD 400.072	$ 2.696.312.697	$ 146.276.303	$ 2.842.588.999
2017	USD 399.880	USD 21.950	USD 421.831	$ 2.533.723.079	$ 138.270.924	$ 2.671.994.003
2018	USD 386.112	USD 22.608	USD 408.719	$ 2.144.089.651	$ 123.987.691	$ 2.268.077.342
2019	USD 388.901	USD 21.137	USD 410.038	$ 1.845.909.604	$ 101.194.950	$ 1.947.104.554
2020	USD 371.679	USD 19.100	USD 390.780	$ 1.498.203.633	$ 77.541.534	$ 1.575.745.167
2021	USD 348.388	USD 19.873	USD 368.261	$ 1.131.335.651	$ 62.300.069	$ 1.193.635.719
2022	USD 330.910	USD 19.788	USD 350.698	$ 794.289.543	$ 45.832.393	$ 840.121.936
2023	USD 338.461	USD 19.788	USD 358.249	$ 391.611.836	$ 22.895.393	$ 414.507.229
TOTAL	**USD 3 .863.433**	**USD 221.528**	**USD 4.084.961**	**$ 19.202.115.117**	**$ 1.110.293.988**	**$ 20.312.409.105**

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGCON.

Es importante indicar que de conformidad con la metodología de CONPES 3744 de 2013, el cálculo está incorporando el valor Anticipado de todo el año 2023, y que a más tardar día 28 de febrero de 2024 se debe recalcular la contraprestación vencida del año 2023. Así mismo, se deberá actualizar el saldo al momento de la caducidad.

8.4.1. DISTRIBUCIÓN Y PAGO DE LOS PERJUICIOS

De acuerdo con lo anterior, los perjuicios tienen la siguiente distribución:

(a) Distribución de los perjuicios tasados

(I) Perjuicios por incumplimiento al Plan de inversiones

De acuerdo con el Artículo 8 de la Ley 1ra de 1991, que establece*: "Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquélla".* La omisión de la entrega de los bienes reversibles, por incumplimiento del Concesionario, claramente representa un menoscabo al patrimonio de la Nación, lo cual debe ser compensado mediante indemnización por concepto de perjuicios.

En virtud de lo expuesto, el 100% del valor tasado de dicho perjuicio se atribuye a la Nación, siendo el Instituto Nacional de Vías (INVIAS) la entidad responsable de recibir dicha compensación. Este proceso se fundamenta en la normativa vigente y busca salvaguardar los intereses patrimoniales del Estado frente a situaciones de incumplimiento por parte de los concesionarios

(II) Perjuicios por incumplimiento con el pago de la Contraprestación

Teniendo en cuenta lo establecido en el Parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003, que modifica el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991; y los componentes que le aplican a este contrato es (fijo (áreas) y su distribución es de esta forma, el ochenta por ciento (80%) de esta contraprestación le corresponde a la NACIÓN, en cabeza del Instituto Nacional de Vías -INVIAS y el veinte por ciento (20%) restante al municipio de Tumaco; y el componente de infraestructura corresponde el cien por ciento (100%) a la Nación.

Documento firmado digitalmente
GTEC

Con base en esta distribución específica, se establece que el perjuicio derivado del no pago de la contraprestación deberá seguir la misma proporción. En consecuencia, cualquier falta de pago impactará tanto al INVIAS como al municipio de Tumaco de acuerdo con los porcentajes establecidos.

De acuerdo con lo antes mencionado, la distribución presenta el siguiente detalle:

CONCEPTO	VALOR		DISTRIBUCION ENTIDADES
*Perjuicios por Plan de Inversiones***	USD	561.639	INVIAS
Perjuicios por contraprestación- Saldo Capital	USD	3.863.433	INVIAS
Perjuicios por contraprestación- Saldo Capital	USD	221.528	Municipio de Tumaco
TOTAL, Saldo Capital*	**USD**	**4.084.961**	
Perjuicios por contraprestación- Intereses moratorios	$	19.202.115.117	INVIAS
Perjuicios por contraprestación- Intereses moratorios	$	1.110.293.988	Municipio de Tumaco
TOTAL, Intereses moratorios**	**$**	**20.312.409.105**	

* TRM promedio del año anterior del pago siguiendo los lineamientos del CONPES 3744 de 2013.
** Valor debe ser pagadero a la TRM del día de pago
*** Valores estimados: a 30 de noviembre de 2023

(b) Pago de los perjuicios tasados

El pago de los perjuicios se efectuará de conformidad con las disposiciones establecidas en el presente acto administrativo, considerando la distribución previamente mencionada, y deberá realizarse mediante consignación en las cuentas que se detallan a continuación y realizar la notificación respectiva:

Tabla 7
Datos de cuentas bancarias a consignar perjuicios:

Entidad	# Cuenta a consignar	Denominación Cuenta	E-mail contacto
Municipio de Tumaco	RENTAHORROS# 220-440-17594-1	OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS	secretariadehacieda@tumaco-narino.gov.co
Instituto Nacional de Vías-INVIAS	CUENTA DE AHORRO #61020010	DTN- RECURSOS PROPIOS PGN	asolano@invias.gov.co

(c) Sumatoria de los perjuicios causados por los incumplimientos del concesionario

Tras lo expuesto se tiene que el total de los perjuicios causados por los Incumplimientos del Concesionario se relacionan a continuación de la siguiente manera:

CONCEPTO	VALOR	
Perjuicios por Plan de Inversiones (**)	USD	561.639
Perjuicios por contraprestación Saldo Capital (*)	USD	4.084.961
Perjuicios por contraprestación Intereses moratorios ***	$	20.312.409.105

* TRM promedio del año anterior del pago siguiendo los lineamientos del CONPES 3744 de 2013.
** Valor debe ser pagadero a la TRM del día de pago

Documento firmado digitalmente
GTEC

*** Valores estimados: a 30 de noviembre de 2023

De conformidad con la metodología de CONPES 3744 de 2013, el cálculo está incorporando el valor Anticipado de todo el año 2023, y que a más tardar día 28 de febrero de 2024 se debe recalcular la contraprestación vencida del año 2023.

En conclusión, la falta de ejecución del plan de inversiones generó unos perjuicios que ascienden a la suma de **QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD 561.639**). Por la falta de pago de la contraprestación, los perjuicios ascienden a la suma de **CUATRO MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD 4.084.961)**; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **VEINTE MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CINCO PESOS M/L (COP $ 20.312.409.105)**.

Los anteriores valores se discriminan y distribuyen de la siguiente marera:

- **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS (NACIÓN)**

CONCEPTO	**VALOR**
PERJUICIOS PLAN DE INVERSIONES	USD 561.639
PERJUICIOS CONTRAPRESTACIÓN	USD 3.863.433
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – intereses moratorios	$ 19.202.115.117

- **MUNICIPIO DE TUMACO**

CONCEPTO	**VALOR**
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – saldo capital	USD 221.528
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – intereses moratorios	$ 1.110.293.988

(d) Otras consecuencias

Adicionalmente, también como consecuencia prevista desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de conformidad con lo reglado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Entidad ordenará que se disponga la terminación del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011.

Finalmente, entendiendo que se configura la ocurrencia del siniestro, la Entidad ordenará la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Entidad Estatal No. 62-44-101004501, expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., conforme el análisis previo adelantado, cuyo amparo es el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con ocasión del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, para el caso en que el Concesionario no realice el pago de las sanciones impuestas.

En virtud de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO de la **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.,** a las siguientes obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, de acuerdo con las razones indicadas en la parte motiva de este acto administrativo:

Documento firmado digitalmente

Tema	Cláusulas y Obligaciones incumplidas
(i) Plan de Inversión	Cláusula quinta, primera parte del contrato, numerales 5.1, 5.1.1, 5.1.8. y 5.1.9 Cláusula 5 Numeral 5.4. segunda parte Cláusula 9 segunda parte: plan de inversión
(ii) Operación del Terminal Portuario	Cláusula 5 parte primera numeral 5.1.2 y 5.1.7. Cláusula 5.4 segunda parte: Descripción del proyecto y especificaciones técnicas
(i) Pago de la contraprestación portuaria	Cláusula 4 parte primera numeral 4.1, 4.1.1, 4.1.2, 4.2, 4.2.1, 4.2.2., 4.3 y 4.4. Cláusula 5 numeral 5.1.4. primera parte del contrato Cláusula 10 primera parte
(iv) Garantías contractuales	Cláusula 5 numeral 5.1.1., 5.1.5 y 5.1.10 Cláusula 8 primera parte
(v) Entrega de información al concedente	Cláusula 5 numeral 5.1.10 y 5.1.15

ARTÍCULO SEGUNDO. - Teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia de los incumplimientos del Concesionario, **DECLARAR LA CADUCIDAD** DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA NO. 004 DE 2011 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria PUERTO HONDO S.A.

ARTÍCULO TERCERO. - IMPONER los perjuicios causados por la no ejecución del plan de inversiones que ascienden a la suma de **QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD 561.639**). Por la falta de pago de la contraprestación, los perjuicios ascienden a la suma de **CUATRO MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD 4.084.961)**; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **VEINTE MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CINCO PESOS M/L (COP $ 20.312.409.105)**, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución, los cuales se distribuyen de la siguiente manera:

- **A FAVOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS (NACIÓN)**

CONCEPTO	VALOR
PERJUICIOS PLAN DE INVERSIONES	USD 561.639
PERJUICIOS CONTRAPRESTACIÓN	USD 3.863.433
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – intereses moratorios	$ 19.202.115.117

- **A FAVOR DEL MUNICIPIO DE TUMACO**

CONCEPTO	VALOR
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – saldo capital	USD 221.528
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – intereses moratorios	$ 1.110.293.988

* TRM promedio del año anterior del pago siguiendo los lineamientos del CONPES 3744 de 2013.
** Valor debe ser pagadero a la TRM del día de pago
*** Valores estimados: a 30 de noviembre de 2023

Documento firmado digitalmente

El pago de los perjuicios impuestos deberá realizarse en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la TRM del día del pago.

PARAGRAFO: El pago de los perjuicios se efectuará de conformidad con las disposiciones establecidas en el presente acto administrativo, considerando la distribución previamente mencionada, y deberá realizarse mediante consignación en las cuentas que se detallan a continuación:

Entidad	*# Cuenta a consignar*	*Denominación Cuenta*	*E-mail contacto*
Municipio de Tumaco	RENTAHORROS# 220-440-17594-1	OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS	secretariadehacieda@tumaco-narino.gov.co
Instituto Nacional de Vías-INVIAS	CUENTA DE AHORRO #61020010	DTN- RECURSOS PROPIOS PGN	asolano@invias.gov.co

ARTÍCULO CUARTO. – AFECTAR la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 62-44-101004501, expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., en la que actúa como tomador y afianzado la Sociedad Portuaria PUERTO HONDO S.A. y como asegurado la Agencia Nacional de Infraestructura, en su amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en el evento en que la **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.** se abstenga de efectuar el pago de los perjuicios impuestos en el artículo tercero de la parte resolutiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO QUINTO. – Dar por terminado el vínculo contractual entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.**, sin indemnización para el contratista, y por ende ordenar la liquidación del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en el estado que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012-.

ARTÍCULO SEXTO. – Declarar que como consecuencia de la declaratoria de Caducidad, la **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.**, queda inhabilitada para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de este acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1º del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO SEPTIMO. - En firme la presente decisión y, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6º de la Ley 1150 de 2007 y 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012-, publíquese el contenido de la presente Resolución en la Cámara de Comercio de Tumaco – Nariño y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación.

ARTÍCULO OCTAVO. - PUBLICAR el contenido de la presente Resolución en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.

ARTÍCULO NOVENO. – PONER EN CONOCIMIENTO del GIT de Defensa Judicial y de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI el presente acto administrativo, para lo de su competencia, una vez se encuentre en firme.

Documento firmado digitalmente

GTEC

ARTÍCULO DÉCIMO - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente Resolución se notifica en audiencia, y contra ella sólo procede el recurso de Reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los

EDUARDO DURÁN MONTOYA
Coordinador GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Proyectó: Lissette Mendoza Téllez – Abogada GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales – VJ
Revisó: Ronaldo Rafael Santos – Experto 7- GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales – VJ

EDUARDO DURAN MONTOY
2023.11.30 13:22:54
Firmado Digitalmente
CN=EDUARDO DURAN MONT
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INI
E=eduranm@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits

Documento firmado digitalmente

GTEC

REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

Agencia Nacional de Infraestructura

Auto No. 20237070002966

(CCF_RAD_S)

"POR EL CUAL SE ACEPTA EL DESISTIMIENTO DE UN RECURSO Y SE DEJA EN FIRME UNA DECISIÓN"

Ref.: Procedimiento Administrativo Sancionatorio iniciado contra la sociedad portuaria Puerto Hondo**,** por presuntos incumplimientos de obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, que, de encontrarse probados, darían lugar a declarar la caducidad de dicho Contrato de Concesión - Expediente 20227070320700037E.

El Coordinador del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales

CONSIDERANDO

Que, con ocasión del Presunto incumplimiento de la SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. de las obligaciones contractuales de obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, que, de encontrarse probados, darían lugar a declarar la caducidad de dicho Contrato de Concesión - Expediente 20227070320700037E, mediante oficio con radicado N° 20237070107341 del 31 de marzo de 2023, se citó a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión del presunto incumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011 referidos al plan de inversión, operación del puerto, pago de la contraprestación, garantías contractuales y entrega de información al concedente.

Que una vez agotados los hitos procesales determinados el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 fue proferida la Resolución N° 20237070016695 del 30 de noviembre de 2023, en la que se resolvió lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO*** *de la* ***SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.,*** *a las siguientes obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, de acuerdo con las razones indicadas en la parte motiva de este acto administrativo:*

Tema	***Cláusulas y Obligaciones incumplidas***
(i) Plan de Inversión	*Cláusula quinta, primera parte del contrato, numerales 5.1, 5.1.1, 5.1.8. y 5.1.9* *Cláusula 5 Numeral 5.4. segunda parte* *Cláusula 9 segunda parte: plan de inversión*
(ii) Operación del Terminal Portuario	*Cláusula 5 parte primera numeral 5.1.2 y 5.1.7.* *Cláusula 5.4 segunda parte: Descripción del proyecto y especificaciones técnicas*
(i) Pago de la contraprestación	*Cláusula 4 parte primera numeral 4.1, 4.1.1, 4.1.2, 4.2, 4.2.1, 4.2.2., 4.3 y 4.4.*

Documento firmado digitalmente
GTEC

portuaria	*Cláusula 5 numeral 5.1.4. primera parte del contrato Cláusula 10 primera parte*
(iv) Garantías contractuales	*Cláusula 5 numeral 5.1.1., 5.1.5 y 5.1.10 Cláusula 8 primera parte*
(v) Entrega de información al concedente	*Cláusula 5 numeral 5.1.10 y 5.1.15*

ARTÍCULO SEGUNDO. - *Teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia de los incumplimientos del Concesionario,* ***DECLARAR LA CADUCIDAD*** *DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA NO. 004 DE 2011 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria PUERTO HONDO S.A.*

ARTÍCULO TERCERO. - IMPONER *los perjuicios causados por la no ejecución del plan de inversiones que ascienden a la suma de* ***QUINIENTOS SESENTA Y UN MIL SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA (USD 561.639****). Por la falta de pago de la contraprestación, los perjuicios ascienden a la suma de* ***CUATRO MILLONES OCHENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SESENTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (USD 4.084.961)****; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de* ***VEINTE MIL TRESCIENTOS DOCE MILLONES CUATROCIENTOS NUEVE MIL CIENTO CINCO PESOS M/L (COP $ 20.312.409.105)****, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución, los cuales se distribuyen de la siguiente manera:*

- ***A FAVOR DEL INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVIAS (NACIÓN)***

CONCEPTO	***VALOR***
PERJUICIOS PLAN DE INVERSIONES	*USD 561.639*
PERJUICIOS CONTRAPRESTACIÓN	*USD 3.863.433*
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – intereses moratorios	*$ 19.202.115.117*

- ***A FAVOR DEL MUNICIPIO DE TUMACO***

CONCEPTO	***VALOR***
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – saldo capital	*USD 221.528*
PERJUICIOS POR CONTRAPRESTACIÓN – intereses moratorios	*$ 1.110.293.988*

* TRM promedio del año anterior del pago siguiendo los lineamientos del CONPES 3744 de 2013.
** Valor debe ser pagadero a la TRM del día de pago
*** Valores estimados: a 30 de noviembre de 2023

El pago de los perjuicios impuestos deberá realizarse en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la TRM del día del pago.

PARAGRAFO: *El pago de los perjuicios se efectuará de conformidad con las disposiciones establecidas en el presente acto administrativo, considerando la distribución previamente mencionada, y deberá realizarse mediante consignación en las cuentas que se detallan a continuación:*

Documento firmado digitalmente

Entidad	# Cuenta a consignar	Denominación Cuenta	E-mail contacto
Municipio de Tumaco	*RENTAHORROS# 220-440-17594-1*	*OTROS INGRESOS TRIBUTARIOS*	*secretariadehacieda@tumaco-narino.gov.co*
Instituto Nacional de Vías-INVIAS	*CUENTA DE AHORRO #61020010*	*DTN- RECURSOS PROPIOS PGN*	*asolano@invias.gov.co*

ARTÍCULO CUARTO. – AFECTAR *la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 62-44-101004501, expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., en la que actúa como tomador y afianzado la Sociedad Portuaria PUERTO HONDO S.A. y como asegurado la Agencia Nacional de Infraestructura, en su amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en el evento en que la* ***SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.*** *se abstenga de efectuar el pago de los perjuicios impuestos en el artículo tercero de la parte resolutiva del presente acto administrativo.*

ARTÍCULO QUINTO. – *Dar por terminado el vínculo contractual entre la* ***AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA*** *y la* ***SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.****, sin indemnización para el contratista, y por ende ordenar la liquidación del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, en el estado que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012-.*

ARTÍCULO SEXTO. – *Declarar que como consecuencia de la declaratoria de Caducidad, la* ***SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.****, queda inhabilitada para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de este acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1º del art. 8 de la Ley 80 de 1993.*

ARTÍCULO SEPTIMO. - *En firme la presente decisión y, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6º de la Ley 1150 de 2007 y 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012-, publíquese el contenido de la presente Resolución en la Cámara de Comercio de Tumaco – Nariño y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación.*

ARTÍCULO OCTAVO. - PUBLICAR *el contenido de la presente Resolución en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.*

ARTÍCULO NOVENO. – PONER EN CONOCIMIENTO *del GIT de Defensa Judicial y de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI el presente acto administrativo, para lo de su competencia, una vez se encuentre en firme.*

ARTÍCULO DÉCIMO - *Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente Resolución se notifica en audiencia, y contra ella sólo procede el recurso de Reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia."*

Que a la sesión de audiencia llevada a cabo el 30 de noviembre de 2023, en la que fue notificada la resolución mencionada, solo compareció la apoderada de la sociedad concesionaria en tanto que, pese a ser notificada en debida forma, no hizo

Documento firmado digitalmente

GTEC

comparecencia la apoderada de la aseguradora, de lo que se dejó constancia en el acta de la audiencia respectiva.

Que en consideración a lo anterior y teniendo en cuenta que la notificación de la resolución mencionada se adelantó en audiencia, y que la interposición del recurso de reposición procedente debía adelantarse de la misma manera, solamente la apoderada de la sociedad concesionaria interpuso recurso de reposición, el cual sería sustentado el 15 de diciembre de 2023.

Que por escrito que se allegara mediante correo electrónico del 13 de diciembre de 2023 al correo de notificaciones del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, la apoderada de la sociedad concesionaria PUERTO HONDO S.A. informó lo siguiente:

> *"(…) por medio del presente escrito me permito **desistir del recurso de reposición** interpuesto contra la Resolución No. 20237070016695 de 30 de noviembre de 2023 "POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA UNA DECISIÓN DE FONDO DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO CONTRA LA SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. POR PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DE OBLIGACIONES PREVISTAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 004 DE 2011 QUE, DE ENCONTRARSE PROBADOS, DARÍAN LUGAR A DECLARAR LA CADUCIDAD DE DICHO CONTRATO DE CONCESIÓN – EXPEDIENTE 20227070320700037E ", proferida por el Dr. Eduardo Durán Montoya, Gerente GIT Procedimientos Administrativos Contractuales Sancionatorios de la Agencia Nacional de Infraestructura, para que surta los fines respectivos (…)"*

Que por lo anterior debe el Despacho pronunciarse respecto del desistimiento presentado por la apoderada del Concesionario.

ANALISIS DEL DESPACHO

Teniendo en cuenta la solicitud de desistimiento presentada por la apoderada del Concesionario, encuentra el Despacho pertinente referir que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 que regula el procedimiento administrativo sancionatorio contractual, respecto del recurso de reposición, indica lo siguiente:

> *"ARTÍCULO 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (…)*
>
> *c) Hecho lo precedente, mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento. **Contra la decisión así proferida sólo procede el recurso de reposición que se interpondrá, sustentará y decidirá en la misma audiencia**. La decisión sobre el recurso se entenderá notificada en la misma audiencia;(…)" (resaltado es nuestro)*

En punto a la oportunidad y procedencia del recurso de reposición, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que el recurso deberá interponerse y sustentarse en audiencia.

Documento firmado digitalmente

En el presente caso, la apoderada del Concesionario interpuso recurso, pero estando pendiente su sustentación, manifestó que desistía del recurso.

Así las cosas y respecto del desistimiento del recurso de reposición propuesto, se encuentra que el artículo 81 del CPACA determina que *De los recursos podrá desistirse en cualquier tiempo.*

En apoyo de ello, el CGP, en su artículo 316 establece:

> *"Desistimiento de ciertos actos procesales: Las partes podrán desistir de los recursos interpuestos y de los incidentes, las excepciones y los demás actos procesales que hayan promovido. No podrán desistir de las pruebas practicadas.*
>
> *El desistimiento de un recurso deja en firme la providencia materia del mismo, respecto de quien lo hace. (…)"*

En ese entendido, el desistimiento propuesto por la apoderada de la sociedad concesionaria hace parte de las actuaciones propias de los apoderados por lo que será aceptada por el Despacho.

En consecuencia, entendiendo que contra la Resolución N° 20237070016695 del 30 de noviembre de 2023 solo fue interpuesto el recurso de reposición por parte de la apoderada de la sociedad concesionaria y que el mismo fue desistido, las decisiones tomadas en aquel acto administrativo, respecto de la presente actuación administrativa, quedarán en firme desde el día siguiente al de la notificación de la aceptación del desistimiento de los recursos, tal y como lo dispone el artículo 87, numeral 4 de la Ley 1437 de 2011.

Así las cosas, este Despacho,

RESUELVE

PRIMERO. – ACEPTAR el desistimiento del recurso de reposición interpuesto por la apoderada de la sociedad concesionaria el 30 de noviembre de 2023, conforme a las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto.

SEGUNDO. – DEJAR EN FIRME, la decisión adoptada por el Despacho mediante Resolución N° 20237070016695 del 30 de noviembre de 2023, una vez se surta la notificación del presente Auto.

TERCERO. - NOTIFÍQUESE esta decisión a las direcciones de buzones electrónicos expresamente informadas y autorizadas para el efecto por el Concesionario y su aseguradora, advirtiendo que contra la presente decisión no procede recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Dada en Bogotá D. C., a los **14-12-2023**

Documento firmado digitalmente
GTEC

EDUARDO DURAN MONTOYA
Coordinador GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Proyectó: Lissette Mendoza Téllez

EDUARDO DURAN MONTOY
2023.12.14 14:02:28
Firmado Digitalmente
CN=EDUARDO DURAN MONT(
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INI
E=eduranm@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits
Agencia Nacional de Infraestructura

Documento firmado digitalmente
GTEC

Radicado ANI No.: **20231010107879**

Fecha: **19-12-2023**

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

Se hace constar que la **Resolución No.** 20237070016695 expedida el **jueves 30 de noviembre de 2023**, quedó ejecutoriada, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el **viernes 15 de diciembre de 2023**, día siguiente a la fecha de notificación del auto 0296 mediante el cual se aceptó el desistimiento del recurso interpuesto.

La presente constancia se expide en Bogotá D.C., en la fecha que aparece junto a la respectiva firma.

OLGA ISABEL BUELVAS DICKSON
VICEPRESIDENTE JURÍDICA

Proyectó: Jhon Jairo Sanchez Sotelo

Anexos: SOPORTES

cc:

VoBo: LADY DAIANA PABON RINCON
Nro Rad Padre: 20237070016695
Nro Borrador: 20231010077394

OLGA ISABEL BUELVAS DICKSON
2023.12.19 20:38:25
Firmado Digitalmente
CN=OLGA ISABEL BUELVAS DICKSO
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INFRAES
E=obuelvas@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits