Documento firmado digitalmente
GTEC

REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20227070015105**
20227070015105

Fecha: **22-09-2022**

"POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA UNA DECISIÓN DE FONDO DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO INICIADO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN EL NUMERAL 40 DE LA CLÁUSULA 20, Y EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL OTROSÍ No. 02 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 003 DE 2015. EXPEDIENTE No. 20217070320700053E"

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 el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A**, identificado con NIT 900.364.519-7, por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20, y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.

CONSIDERANDO

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Que dentro del presente trámite sancionatorio fueron parte:

EN CALIDAD DE INVESTIGADO

1.1. La **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A** (En adelante **"LAS AMERICAS"**) identificada con NIT 900.364.519-7, la cual funge como Concesionario en el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.

EN CALIDAD DE GARANTE DEL INVESTIGADO

1.2. La aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.** (En adelante "**LIBERTY"**), identificada con NIT 860.039.988-0, garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, según póliza de cumplimiento No. 2574625, con vigencia desde el 30 de septiembre de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2025.

EDUARDO DURAN MONTOY
2022.09.22 07:51:56
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

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

2.1. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Mediante memorando 20213030128403 de 22 de septiembre de 2021, el Vicepresidente de Gestión Contractual (E) de la ANI, la Gerente del Grupo Interno de Trabajo (GIT) Financiero 1 y el Gerente de Proyectos Portuarios solicitaron a la Gerencia de Sancionatorios de la ANI iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A. por el presunto incumplimiento de las obligaciones contempladas en el numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020, obligaciones relacionadas con la ejecución del Plan de Inversiones.

Mediante oficio radicado ANI No. 20217070343491 del 3 de noviembre de 2021, el Gerente del GIT Procesos Administrativos Sancionatorios Contractuales dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionatorio, remitiendo al concesionario SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. y la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

La audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tuvo lugar el día 17 de noviembre de 2021 a través de medios virtuales, por medio de la aplicación Microsoft Teams, en la cual se surtieron las diligencias dispuestas en el literal b) de dicha norma, esto es, se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse de la actuación. No obstante, por petición de los Citados la diligencia fue suspendida y continuada el día 30 de noviembre de 2021, en la cual el Concesionario y el Garante, mediante apoderado, presentaron sus descargos, y el primero de los mencionados aportó y solicitó la práctica de pruebas.

Que con el Auto No. 20227070000426 del 24 de febrero de 2022, se resolvieron las solicitudes de pruebas dentro del Proceso Administrativo y se corrió traslado al Garante de los documentos incorporados. Asimismo, se instó al Concesionario a aportar la traducción oficial de algunos documentos al igual que, para allegar el dictamen pericial en los términos decretados.

Dicho Auto fue notificado al Concesionario y al Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin, el día 24 de febrero de 2022. Cabe anotar que, en el término de traslado, la Aseguradora no realizó manifestación alguna.

Que el día 10 de marzo de 2022 se continuó con la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 en la cual se practicaron los testimonios decretados en el Auto 20227070000426 del 24 de febrero de 2022.

Que durante el plazo otorgado en el Auto No. 20227070000426, el Apoderado del Concesionario en correos electrónicos del 10 y 24 de marzo de 2022 indicó allegar las traducciones oficiales de los documentos y el dictamen pericial respectivamente.

Que mediante Auto No. 20227070001056 del 11 de mayo de 2022, el Despacho incorporó las traducciones oficiales aportadas, así como algunos documentos allegados con los testimonios practicados en la audiencia del 10 de marzo del año en curso. Asimismo, se instó al Concesionario para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la notificación del proveído allegara lo siguiente:

- Dictamen pericial en los términos decretados en el Auto 20227070000426 del 24 de febrero de 2022, cumpliendo con todos los requisitos previstos en el artículo

Documento firmado digitalmente

GTEC

226 del C.G.P., so pena que transcurrido dicho término sin que se aportara lo ordenado, tal prueba se entendería desistida.

- La correspondiente traducción de los documentos: i) archivo PDF denominado "Cost of materials 2016-2022 (ajustado).pdf", y ii) archivo PDF denominado "Genimic Variability of P. palmivora.pdf", en los términos del artículo 251 del C.G.P., so pena que transcurrido dicho término sin que los mismos fueran aportados, tal prueba se entendería desistida.

Dicho Auto fue notificado al Concesionario y al Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin, el día 12 de mayo de 2022.

Que, una vez aportados en tiempo por el Concesionario, tanto el dictamen pericial como las traducciones oficiales de los documentos requeridos, mediante Auto No. 20227070001336 del 10 de junio de 2022, el Despacho incorporó y corrió traslado a las Partes de las pruebas documentales junto con el dictamen pericial.

Dicho Auto fue notificado al Concesionario y al Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin, el día 10 de junio de 2022. Cabe anotar que, durante el traslado, ni el Concesionario ni la Aseguradora realizaron manifestación alguna.

2.1. DEL CARGO ÚNICO IMPUTADO.

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 al concesionario SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20 y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por presuntamente no efectuar la ejecución del Plan de Inversiones en los términos pactados.

El cargo se fundó en las pruebas aportadas con la solicitud de inicio del proceso sancionatorio, y se resolverá de fondo en este acto administrativo con el análisis que de ellas se haga junto con las demás pruebas recaudadas en el curso de la actuación.

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 presunto incumplimiento de obligaciones a cargo del Concesionario, por la no ejecución del plan de inversiones, en los términos contractuales.

2.2.1. Informe de la Supervisión del Contrato de Concesión No. 003 de 2015

Teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión no cuenta actualmente con Interventoría, la base que da lugar al procedimiento que nos atañe es el informe rendido por el Supervisor del Contrato, en el cual advierte que el Concesionario se encuentra presuntamente incumplido en las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20 y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Concesión Portuaria No. 003 de 2015. Con base en dicho Informe, solicitó a esta Gerencia iniciar un sancionatorio contractual contra la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS, por presunto incumplimiento al Plan de Inversiones.

Con la solicitud formal del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio se remitió el informe de la Supervisión del Contrato junto con otros anexos como:

Documento firmado digitalmente

GTEC

1. Comunicación con radicado ANI 20203030396551 del 23 de diciembre de 2020, mediante la cual el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia señaló al Concesionario que luego de la visita de seguimiento técnico a las instalaciones del Puerto el 1 de diciembre de 2020, se evidenció que no había ejecutado las inversiones previstas para el primer año conforme lo autorizado en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 2 de 2020, que modificó la cláusula Doceava – Plan de Inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por lo que solicitó informar las razones por las cuales no se iniciaron las actividades del plan de inversión contractual.

2. Comunicación con radicado ANI 20204091319412 del 30 de diciembre de 2020, mediante la cual la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. solicitó la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 por el término de un año, planteando como causales de la mencionada suspensión circunstancias de fuerza mayor relacionadas con la pandemia por Covid-19 y con la aparición de la enfermedad de la pudrición del cogollo en las plantaciones de palma.

3. Comunicación con radicado ANI 20213030027841 del 3 de febrero de 2021, mediante la cual el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia informaron al Concesionario encontrarse analizando la solicitud de suspensión recibida, y enfatizaron en que, dado que la suspensión resultaría de un acuerdo entre las partes, mientras no se llegue a ese acuerdo resultan completamente exigibles todas las obligaciones a cargo del Concesionario en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.

4. Comunicación con radicado ANI 20213030072791 del 12 de marzo de 2021, a través de la cual el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia dieron respuesta a la solicitud de suspensión del Contrato presentada por el Concesionario, estableciendo que ni la situación generada por el COVID-19 ni la relacionada con la enfermedad de pudrición del cogollo en las plantaciones de palma, alegadas por el Contratista, ostentaban las condiciones requeridas para acceder a la suspensión del Contrato. Asimismo, le recordaron que debía continuar su ejecución en los términos acordados, particularmente lo previsto en el Otrosí No. 2 suscrito el 30 de septiembre de 2020.

5. Comunicación con radicado ANI 20213030086981 del 25 de marzo de 2021, mediante la cual el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia indicó al Concesionario que pese a que con el oficio ANI 20203030396551 del 23 de diciembre de 2020 se había requerido previamente información respecto de la ejecución del plan de inversiones, a la fecha habían transcurrido más de seis (6) meses desde la firma del Otrosí No. 2 sin que se tenga conocimiento por la ANI de dicha ejecución, por lo que solicitó al Concesionario explicar la situación.

6. Comunicación con radicado ANI 20214090397192 del 13 de abril de 2021, mediante la cual el Concesionario, en respuesta al oficio ANI 20213030086981 del 25 de marzo de 2021, informó a la Agencia que no le había resultado posible dar cumplimiento a la obligación descrita en la cláusula quinta del Otrosí No. 2, en atención a que la situación de COVID 19 de la época, junto con la enfermedad de Pudrición del Cogollo en las plantaciones de palma de aceite en la zona norte del país se constituyeron en situaciones de fuerza mayor ajenas a su voluntad, por lo cual insistió en la necesidad de suspender el Contrato.

7. Memorando con radicado ANI 20213080064283 del 22 de abril de 2021 a través del cual la Gerente del GIT Financiero 1 y el Gerente de Proyectos Portuarios de

Documento firmado digitalmente

la Agencia informaron a la Vicepresidencia Administrativa y Financiera y a la Coordinadora del Grupo Contable que al 31 de diciembre de 2020 el Contrato de Concesión 003 de 2015 no cuenta con ninguna inversión realizada.

8. Comunicación con radicado ANI 20213030171931 del 8 de junio de 2021 a través de la cual el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia nuevamente solicitó al Concesionario presentar las actividades correspondientes a la ejecución del plan de inversiones so pena de dar inicio a un procedimiento sancionatorio contractual.

9. Informe técnico financiero con radicado ANI 20213030119783 del 31 de agosto de 2021, a través del cual la Gerente del GIT Financiero 1 y el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia señalaron que existe un presunto incumplimiento de la obligación relacionada con la ejecución del plan de inversiones, toda vez que el Concesionario no ha reportado ningún tipo de inversión realizada para el año 2020.

10. Memorando ANI 20213080116383 del 24 de agosto de 2021, mediante el cual la Gerente del GIT Financiero 1 de la Agencia estableció el valor a imponer a título de multa al Concesionario con corte a julio de 2021.

11. Comunicaciones con radicado ANI 20163080101433, 20173100104153, 20173100011923, 20183080134323, 20183100025233, 20193080111443, 20193080023233, 20203080090043, 20203080017383, 20213080100033 y 20213080020993, mediante las cuales la Gerente del GIT Financiero reportó a la Vicepresidencia Administrativa y Financiera desde el primer semestre de 2016 al segundo semestre de 2020 que la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A no realizó ninguna inversión.

Tanto el Informe de Supervisión, como la solicitud de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio y sus anexos, se dieron a conocer al Concesionario y al Garante, al darse inicio al presente trámite sancionatorio citándolos para la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de suerte que pudieran ejercer su derecho de defensa y contradicción.

2.3. De las pruebas recaudadas en la actuación sancionatoria.

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

2.3.1. Pruebas aportadas por el Concesionario.

En la audiencia de presentación de descargos el Concesionario aportó las siguientes pruebas:

- Archivo PDF denominado *"4. Gráfico (sic) incremento de precios acero Colombia (La Republica Julio 6-2021).pdf"*
- Archivo PDF denominado *"5. SITUACIÓN FITOSANITARIA ENFERMEDAD PC IMPACTO EN PRODUCCION DE AC DE PALMA.pdf",* el cual contiene una presentación sobre el estado del PC en la zona norte y el Magdalena, con fecha noviembre de 2021.
- Archivo PDF denominado *"6.TRM IMPACTO.pdf".*
- Archivo PDF denominado *"7. volúmenes (sic) movilizados por Tks de SPSM. 2017-2021.pdf".,* que corresponde a un oficio fechado el 5 de noviembre de 2021 y dirigido al Gerente de la Sociedad Portuaria Las Américas, que tiene

Documento firmado digitalmente

como referencia *"Volúmenes movilizados a través de la planta de tanques de graneles líquidos de SPSM."*

- Archivo PDF denominado *"8. Auto de admisión negociación (sic) de emergencia CI Biocosta.pdf",* el cual contiene un Auto de admisión de un trámite de negociación de emergencia de un Acuerdo de Reorganización de la sociedad C.I. BIOCOSTA S.A., expedido por la Superintendencia de Sociedades el 7 de octubre de 2021 (Número de proceso 2021-INS-232).

Las anteriores pruebas fueron incorporadas y objeto de traslado dentro de la actuación mediante el Auto No. 20227070000426 del 24 de febrero de 2022. Asimismo, en virtud de lo ordenado en el Auto 20227070000426, el Apoderado del Concesionario, mediante correo electrónico del 10 de marzo de 2022, allegó las siguientes pruebas:

- Archivo PDF denominado "TO033-2022 SOC PORT las américas"
- Archivo PDF denominado "TO034-2022 SOC PORT las américas"
- Archivo PDF denominado "TO035-2022 SOC PORT las américas"
- Archivo PDF denominado "2016 ConciseReport (Items traducidos).pdf"
- Archivo PDF denominado "SITUACIÓN PC ZONA NORTE NOV 20 2021.pdf"
- Archivo PDF denominado "INFORME GIRA ZONA NORTE MESA PC JD 20211108.pdf"

Las anteriores pruebas fueron incorporadas y objeto de traslado dentro de la actuación mediante el Auto No. 20227070001056 del 11 de mayo de 2022. Asimismo, en virtud de lo ordenado en el Auto No. 20227070001056 el Apoderado del Concesionario, mediante correo electrónico del 25 de mayo de 2022, allegó las siguientes pruebas:

- Prueba documental contenida en el archivo tipo .zip denominado "Traducción Oficial documento COST OF MATERIALS 2016-2022", el cual contiene tres (3) archivos tipo PDF llamados: "TO083-2022 TERLICA.pdf", "TO084-2022 TERLICA.pdf" y "TO085-2022 TERLICA.pdf".

- Prueba documental contenida en el archivo PDF denominado "Traducción Oficial documento "GENIMIC VARIABILITY OF P. PALMIVORA

De igual forma, el mismo 25 de mayo de 2022, CENIPALMA remitió correo electrónico, a través del cual indicó allegar información complementaria al dictamen pericial, con lo cual se tiene que el dictamen decretado en el Auto No 20227070000426 del 24 de febrero de 2022 se compone de los siguientes documentos:

- Dictamen pericial contenido en los archivos PDF denominados "DAABON 2022 informe revisado y firmado", "RESPUESTA ANI.pdf", "CÁMARA Y COMERCIO DE CENIPALMA 07-05-22.pdf", y "Resolución 1538-2019 reconocimiento de Colciencias.pdf".

Las anteriores pruebas fueron incorporadas y objeto de traslado dentro de la actuación mediante el Auto No. 20227070001336 del 10 de junio de 2022.

De igual forma, en la sesión de audiencia del 10 de marzo de 2022 se practicaron los testimonios decretados en Auto No. 20227070000426 del 24 de febrero de 2022, así: (i) JORGE GUILLERMO ABISAMBRA VALENCIA, experto en infraestructura portuaria, integrante de la empresa especializada que diseñó la terminal portuaria Las Américas, (ii) JUAN CARLOS LARA GONZÁLEZ experto en el cultivo, producción y transformación de palma africana, y (iii) WILLIAM ENRIQUE GRANADOS COLINA, en calidad de Director Financiero del proyecto.

2.3.2. Pruebas aportadas por el Garante

Documento firmado digitalmente

GTEC

En la audiencia de descargos, la Aseguradora coadyuvó las solicitudes probatorias del Concesionario, por lo que no aportó ni solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales.

2.3.3. Pruebas de Oficio

Durante la actuación administrativa no se decretaron pruebas de oficio.

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. Descargos del Concesionario

El Apoderado del Concesionario presentó sus descargos, señalando que en el caso concreto se reúnen circunstancias de fuerza mayor para el Concesionario por la ocurrencia de fenómenos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impiden el cumplimiento de la obligación, que de acuerdo con su versión oral y escrita se concretan en los siguientes argumentos:

3.1.1. Inusitado incremento de costos de construcción por cuenta de la pandemia de Covid-19

El Apoderado sostiene que en el caso bajo estudio se configura una fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación de ejecutar el plan de Inversiones, toda vez que, los costos de construcción se dispararon de forma exponencial por cuenta de la pandemia generada por el COVID 19. Así, señala que partir del año 2018 los precios del Acero y de los Concretos necesarios para la construcción de la terminal portuaria, han presentado un significativo incremento que se ha vuelto exponencial durante la época de pandemia a partir de fenómenos como: la reducción en la producción de materiales de construcción vinculados directamente al proyecto (menor oferta del producto que incrementa los precios ante la insatisfecha demanda) y, las restricciones y problemas asociados a la movilidad internacional de la carga por contenedores, hechos notorios en el contexto mundial (como ejemplo tenemos la crisis del canal de Suez).

En la misma línea agregó que, de la distribución de costos de la infraestructura de la terminal portuaria de la Sociedad Portuaria las Américas, que debe obligatoriamente cumplir estándares internacionales de construcción, prevista a partir de los análisis del comportamiento histórico y de los estudios económicos efectuados en su momento, arrojó como valor global del proyecto la suma de USD 13.326.731, de los cuales el componente de estructuras metálicas y elementos de concreto pretensados representan el 64% de su valor, por la suma de USD 8.529.107 los cuales corresponden a materiales de construcción de particulares especificaciones, que deben ser adquiridos fuera del país.

Aunado a lo anterior, indica que los precios de construcción en los Estados Unidos, ilustrativo y aplicable al proyecto, se han incrementado desde el momento de reformulación del proyecto en un 80%, impulsado por un crecimiento exponencial y constante a partir de los fenómenos económicos generados como consecuencia de la pandemia por COVID 19.

Finalmente, señala que el costo del componente de mano de obra, dadas las dificultades de movilidad de personal, controles sanitarios y protocolos de bioseguridad, en época de COVID, ha sufrido un incremento del 15 a 20%.

Documento firmado digitalmente

GTEC

3.1.2. Reducción de volumen de producción de aceite por la enfermedad de pudrición del cogollo sobre la palma de aceite.

El Apoderado arguye que se reúnen los elementos de fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación, toda vez que el proyecto fue concebido principalmente para satisfacer la necesidad del transporte internacional del aceite de palma, lo cual ha variado sustancialmente desde su estructuración, como quiera que la producción de aceite de palma se vio afectada de forma desproporcionada y sin antecedentes con ocasión de la enfermedad de la pudrición de Cogollo, generando que actualmente la preocupación no sea comercializar internacionalmente el aceite en forma competitiva como lo fue en el momento de concepción del proyecto, sino en la conservación de los cultivos y el restablecimiento de la producción que está siendo devastada.

En virtud de lo anterior, explica que nadie pretende ocultar que el problema de la enfermedad de los cultivos de palma de aceite por cuenta de la Pudrición de Cogollo, es un fenómeno que se remonta a un par de décadas, y que al momento de concebirse y estructurarse el proyecto, se analizó el comportamiento histórico y las estadísticas de la enfermedad en la Zona Norte de Colombia para proyectar la producción, dado que de dicha zona y particularmente del Departamento del Magdalena como mayor productor, se extraería el aceite materia de exportación, considerando la calidad del producto y el menor costo de transporte al puerto por la cercanía.

Finalmente, remarca que el impacto que sufre la zona norte del país con esta enfermedad ha generado el cierre de varias extractoras y la devastación de varias zonas de cultivo, poniendo en riesgo el producto base de exportación y de movilidad que se ejerce en el puerto operado por el Concesionario.

3.1.3 Desbordado incremento del precio del dólar

El Apoderado sostiene que el desbordado incremento del precio del dólar ha resultado ajeno e imprevisible dentro de la ejecución del proyecto, lo cual ha imposibilitado el cumplimiento al plan de inversiones, configurándose así una fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación. En ese sentido, expone que el precio del dólar se tenía proyectado sobre los 3.700 pesos, estando en la actualidad sobre los 4.000 pesos, impactando directamente sobre los costos del proyecto.

Finalmente, remata resaltando que debido a estos factores y al incremento de costos dentro de la infraestructura del proyecto, en los cuales se han presentado incrementos porcentuales insostenibles, a todas luces resulta imposible ejecutar de manera normal el proyecto.

3.1.4 Problemas de la cadena de suministro a nivel mundial, bloqueos en puertos e incremento de tarifas.

El Apoderado afirma que en el caso bajo estudio se configura una fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación, toda vez que los problemas en la movilidad internacional de carga producto del bloqueo del Canal de Suez, sumado a los problemas de la cadena de suministro a nivel mundial y el incremento de tarifas, resultan ajenos la voluntad y previsión del Concesionario.

Argumentó que el mercado de los portacontenedores ha estado sometido en el último año a una enorme presión a nivel mundial y a una demanda reprimida por efecto del Covid-19, lo que ha llevado a una difícil y preocupante situación en las entregas, presentándose una congestión portuaria a nivel generalizado, debido entre otros a la

Documento firmado digitalmente

GTEC

falta de contenedores en los puertos asiáticos, grandes generadores de carga en los mercados internacionales, al represamiento de buques en los puertos y dichas interrupciones se han extendido a las cadenas de suministro en tierra, sumando a esto las largas e interminables filas para esperar una posición de atraque en los muelles, condición que puede durar días inclusive.

También adujo que los puertos se han visto inmersos en cuatro problemas recurrentes: severa escasez de contenedores, lo que ha encarecido los fletes; congestión en los sitios de atraque; la mano de obra; y la capacidad de atención de las líneas de suministro. Dichos factores hicieron que la cadena de activos colapse.

Además, expuso que las líneas navieras han incrementado las tarifas más de 10 veces desde principios del año 2020, lo que ha perjudicado en términos generales a los pequeños importadores que son quienes más han sufrido el embotellamiento en la cadena de suministro, todo lo cual se traduce en retrasos de envíos y elevados fletes. Los grandes desafíos a los que se enfrentan las interrupciones en las cadenas de suministro son principalmente por el aumento de los costos de los fletes, por escasez de las unidades de transporte y los medios para transportarlos.

Finalmente, resaltó que el aumento de las tarifas se aceleró como consecuencia del bloqueo del Canal de Suez en marzo de 2021, lo cual ha generado la pérdida de negocios de movilidad de carga debido a dichos incrementos, además que los fletes sport han batido récord histórico inflacionario. Añade que los buques hoy en día están más tiempo esperando en largas colas por muelles disponibles, y que cada falla del eslabón en la cadena de suministro genera un efecto dominó sacando del juego a las navieras que tienen bienes de valor de bajo costo, vislumbrando en el horizonte condiciones que tienden a empeorar por los retrasos y demoras.

3.1.5 Hechos paralelos ilustrativos

Dentro de sus descargos, el Apoderado incluyó una sección denominada hechos paralelos ilustrativos, en los cuales cabe resaltar lo siguiente:

El Apoderado de la Sociedad Concesionaria expuso que la realidad de la concesión inicial en el año 2015 era muy diferente, por lo que considerando la potencialidad del negocio de exportación de aceite de palma, la Sociedad Portuaria de Santa Marta optó por realizar una inversión de 12 mil millones COP en tanques contenedores de aceite con una infraestructura habilitada para la movilización de aproximadamente 176.000 toneladas por año, inversión materializada en el año 2017 en alianza con CI BIOCOSTA. Sin embargo, el fenómeno actual de la baja en la producción por la devastación de cultivos por cuenta de la enfermedad de la Pudrición del Cogollo implicó que, de 175.930 toneladas movilizadas en 2018 disminuyera a octubre de 2021 a la cantidad de 53.097 toneladas, haciendo actualmente inviable el negocio. Afirma que dicha realidad llevó a que CI BIOCOSTA fuera admitida a un proceso de restructuración de sus obligaciones con sus acreedores, actualmente en trámite ante la Superintendencia de Sociedades y que la tiene en riesgo de liquidación.

En línea con lo anterior, expresó que la importación de aceite de palma con los proveedores naturales en la región, que son Perú y Ecuador, actualmente resulta cada vez más desventajoso porque ellos soportan gravemente el mismo fenómeno de la enfermedad de la Pudrición de Cogollo, y las condiciones económicas de costos de transporte y aranceles al producto lo hace inviable para ser importado desde Malasia e Indonesia que son los mayores productores en el mundo.

3.2. Descargos de la Aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A.

Documento firmado digitalmente

GTEC

El apoderado del garante presentó sus descargos, inicialmente señalando que coadyuva lo expuesto por el apoderado del Concesionario y que de acuerdo con su versión oral y escrita se concretan en los siguientes argumentos:

3.2.1 Violación al debido proceso.

Sostiene el Apoderado que durante la diligencia de descargos se configuró la violación al debido proceso, toda vez que se impidió al Concesionario realizar la exposición de argumentos técnicos al evitar la participación en la diligencia de personal técnico, como quiera que los profesionales del derecho no están en la capacidad de dar una explicación técnica y sobre todo en situaciones tan especializadas como lo es en el presente caso, una enfermedad como la Pudrición del Cogollo en la zona norte del país.

3.2.2 Violación al principio de tipicidad de la sanción.

Argumenta que del escrito de citación se desprenden falencias en cuanto a la tipicidad de la sanción, toda vez que, aun cuando se enlistan las cláusulas presuntamente vulneradas y la consecuencia, no existe un análisis de la conducta del Contratista, siendo claro que en el Régimen sancionatorio en Colombia se encuentra proscrita cualquier tipo de responsabilidad objetiva, pues toda sanción debe contener un análisis de la conducta del contratista, ya sea a título de Dolo o Culpa.

Agrega que desde la óptica del Código Civil, en el caso concreto no se evidencia una conducta atribuible al Contratista bajo ninguno de estos títulos, señalando que por el contrario, existen situaciones externas e irresistibles al Concesionario, las cuales deben catalogarse como Caso Fortuito o Fuerza Mayor, pues resulta evidente que situaciones como una pandemia o una enfermedad como la Pudrición del Cogollo, son imprevisibles, así como los mayores costos causados ya sea por la subida del dólar o por los efectos de la pandemia sobre la economía.

En la misma línea, señala que las situaciones expuestas por el Concesionario se basan en hechos notorios que no requieren prueba, los cuales precisamente han configurado situaciones de fuerza mayor y/o caso fortuito que han impedido con justa causa el cumplimiento de las obligaciones reprochadas. Añade que son hechos de orden mundial, y que han ido evolutivamente afectando la ejecución contractual desde el año 2017, siendo neurálgicos los problemas de producción de la Palma de Aceite, producto vital para el dinamismo del Puerto.

3.2.2. Proporcionalidad de la Sanción

El Apoderado indica que desde el escrito de citación se desatiende el principio de proporcionalidad de la sanción, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado que las Entidades deben recurrir a fórmulas y operaciones aritméticas que garanticen una verdadera proporción de la consecuencia a imponer, lo cual en el caso bajo estudio no se observa, toda vez que la sanción resulta exorbitante y por ende desajustada a derecho.

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.

Documento firmado digitalmente

GTEC

De allí que, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgue "*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.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 dispone el procedimiento que deben adoptar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios de este-, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Igualmente las entidades pueden hacer efectiva la garantía conforme lo señalado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.

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 11 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 en el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, delegó *"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 Portuario No. 003 de 2015, la **ANI**, a través de la Gerencia de Procedimientos Administrativos Sancionatorios, 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, según sea el caso.

4.2. Situación Fáctica

Mediante comunicación con radicado No. 2009-409-021208-2 del 5 de octubre de 2009, la sociedad TERMINAL DE GRÁNELES LÍQUIDOS DEL CARIBE S.A.S. – TERLICA S.A. (hoy Sociedad Portuaria de las Américas S.A.) solicitó una concesión portuaria para construir, administrar y operar un muelle para el manejo de carga especializada de líquidos al granel, en el Distrito Turístico, Histórico y Cultural de Santa Marta, Departamento de Magdalena, para la prestación de servicio público.

En ese orden, a través de la Resolución No. 186 del 27 de mayo de 2010, el Instituto Nacional de Concesiones fijó las condiciones para el otorgamiento del Contrato de Concesión Portuaria, para que posteriormente, la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante Resolución No. 1396 del 8 de agosto de 2015, otorgara formalmente la concesión portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A.

Documento firmado digitalmente

GTEC

En virtud de lo anterior, se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 que inició el día 15 de abril de 2016 con el objeto de *"otorgamiento al CONCESIONARIO por parte del CONCEDENTE, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS para la construcción y operación de un terminal portuario de uso público para el cargue y descargue de graneles líquidos, en el que se propone la construcción de un muelle en "T" de 187 metros de longitud para atender buques de tipo Handy de 30.000 DWT y que conectará mediante un viaducto, en la modalidad de servicio público, a cambio de una contraprestación económica a favor del CONCEDENTE, en los términos establecidos en la CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACION de este contrato"* y una duración hasta el 14 de abril de 2046.

Posteriormente, mediante Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, se modificó el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, entre otros aspectos, en la zona de uso público concesionada y las especificaciones técnicas del proyecto, prorrogando el plazo de la concesión por 10 años adicionales, y estableciendo un nuevo plan de inversiones por valor de USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015 y un nuevo valor de contraprestación de USD 797.712 dólares constantes de diciembre de 2015.

En virtud de las nuevas condiciones contractuales establecidas mediante el Otrosí No. 002 del 30 septiembre de 2020, se acordó que el Plan de Inversiones se ejecutaría entre los años 2020 a 2022, no obstante, según visita de seguimiento técnico a las instalaciones del puerto el 1 de diciembre de 2020, se evidenció que el Concesionario no había ejecutado las inversiones previstas para el primer año conforme lo acordado.

Así, mediante comunicaciones con radicado ANI 20203030396551 del 23 de diciembre de 2020, 20213030086981 del 25 de marzo de 2021, 20213030171931 del 8 de junio de 2021, la Agencia requirió al Concesionario informar las razones por las cuales no se iniciaron las actividades del plan de inversión contractual.

De igual forma, mediante comunicación con radicado ANI 20204091319412 del 30 de diciembre de 2020, el Apoderado de la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. solicitó la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 por el término de un año, la cual fue resuelta desfavorablemente por la Agencia con radicado ANI 202123030072791 del 12 de marzo de 2021.

4.3. Del problema jurídico a resolver.

Definido el escenario fáctico del asunto, y establecida la competencia de esta Gerencia para resolver la actuación, el Despacho pasa a analizar si el concesionario **Sociedad Portuaria Las Américas S.A.,** cumplió o no con las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la cláusula 20, y en la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, relacionadas con la ejecución del plan de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, para determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento, y en ese caso, a analizar si como consecuencia de ello, procede o no la imposición de la multa contemplada en el Contrato.

A fin de abordar el problema jurídico planteado, 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 al presunto incumplimiento informado por la Supervisión, y así concluir si hubo o no incumplimiento, y en caso afirmativo, si es imputable o no al Concesionario.

4.4. Del contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.

Documento firmado digitalmente

GTEC

Agotado el trámite correspondiente, entre la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario, se celebró el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, el cual tiene el siguiente objeto:

> *"El otorgamiento al CONCESIONARIO por parte del CONCEDENTE, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS para la construcción y operación de un terminal portuaria de uso público para el cargue y descargue de graneles líquidos, en el que se propone la construcción de un muelle en "T" de 187 metros de longitud para atender buques de tipo Handy de 30.000 DWT y que conectará mediante un viaducto, en la modalidad de servicio público, a cambio de una contraprestación económica a favor del CONCEDENTE, en los términos establecidos en la CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACION de este contrato".*

Por solicitud del Concesionario, el día 30 de septiembre de 2020 se suscribió el Otrosí No. 002, mediante el cual se realizaron modificaciones en la zona de uso público concesionada, en las especificaciones técnicas del proyecto, se prorrogó el plazo de la concesión por 10 años adicionales, y se estableció un nuevo plan de inversiones por valor de USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015 y un nuevo valor de contraprestación de USD 797.712 dólares constantes de diciembre de 2015. El plan de inversiones acordado fue el siguiente:

> ***"…<u>CLÁUSULA QUINTA</u>. - Modificar** la **Cláusula 12 "PLAN DE INVERSIONES"** del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, para establecer el plan de inversiones a ejecutar por la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A. en la zona de uso público objeto del contrato de concesión, por un valor de **TRECE MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015 (USD$ 13.326.731)** con un **plazo de ejecución de diecinueve (19) meses distribuidos en 3 años** que se discriminan por actividad, así:*
>
> ***12.1. PLAN DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA (dólares constantes de diciembre de 2015)***

PLAN DE INVERSIÓN	TOTAL	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022
Obras Civiles	**USD 12.018.731**	USD 3.082.638	USD 8.639.793	USD 296.300
Equipos	**USD 1.308.000**	USD 103.760	USD 653.845	USD 550.395
TOTAL	**USD 13.326.731**	**USD 3.186.398**	**USD 9.293.638**	**USD 846.695**
TASA		**12%**		
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER)		**USD 6.895.213**		

El detalle de las inversiones se plasma así:

TOTALES	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022
	USD 3.186.398	**USD 9.293.638**	**USD 846.695**
Obras Civiles	**USD 3.082.638**	**USD 8.639.793**	**USD 296.300**
Preliminares & Compras	USD 3.082.638	USD 3.149.793	USD -
Trestle	USD -	USD 2.423.000	USD -
Muelle de Atraque	USD -	USD 1.986.000	USD -
Dolphin de Atraque - 4 unidades	USD	USD	USD

Documento firmado digitalmente

GTEC

TOTALES	**AÑO 2020**	**AÑO 2021**	**AÑO 2022**
	USD 3.186.398	**USD 9.293.638**	**USD 846.695**
	-	672.000	-
Dolphin de Amarre - 2 unidades	USD -	USD 409.000	USD -
Instalaciones Misceláneas	USD -	USD -	USD 167.300
Desmovilización	USD -	USD -	USD 129.000
Equipos	**USD 103.760**	**USD 653.845**	**USD 550.395**
Preliminares & Compras	USD 103.760	USD 301.240	USD -
Trestle	USD -	USD -	USD -
Muelle de Atraque	USD -	USD -	USD -
Dolphin de Atraque - 4 unidades	USD -	USD -	USD -
Dolphin de Amarre - 2 unidades	USD -	USD -	USD -
Instalaciones Misceláneas	USD -	USD 352.605	USD 550.395
Desmovilización	USD -	USD -	USD -

PARÁGRAFO PRIMERO. - *Las inversiones a realizar por parte del CONCESIONARIO estarán sujetas a las siguientes reglas:* ***1) Prioridad de inversiones:*** *Las inversiones se encuentran priorizadas de acuerdo con el Plan de Inversiones.* ***2) Autorización inversiones adicionales.*** *Las inversiones descritas en el "Plan de Inversiones" se entienden pactadas y priorizadas en virtud del presente acuerdo, cualquier otra inversión adicional al plan de inversiones que no modifique las condiciones de la concesión deberá ser acordada por las partes previo análisis de la Agencia.* ***3) Reversión:*** *La totalidad de las obras y equipos contenidos en el Plan de Inversiones ubicadas en zona de uso público (salvo en el caso de que se trate de derechos de propiedad intelectual que por su naturaleza no puedan ser objeto de transferencia) revertirán a La Nación al finalizar la concesión, con independencia de que se hayan ejecutado directamente por el CONCESIONARIO o por éste a través de terceros y de la forma de adquisición o financiación de las mismas. Esta reversión se realizará dando estricto cumplimiento a la normativa que para tal efecto se encuentre vigente.*

PARÁGRAFO SEGUNDO. - *El plan de inversiones aprobado en la presente Cláusula podrá ser revisado por las partes para modificar prioridades en el tiempo de ejecución, reemplazar obras, y en general efectuar los ajustes que se requieran teniendo como referente mejorar la eficiencia, competitividad y los indicadores de desempeño del terminal portuario. Dicho ajuste deberá ser solicitado por el Concesionario a más tardar seis (6) meses antes al vencimiento del año en el que se deben acometer las inversiones objeto de la modificación, a efectos de ser analizada por la Entidad.*

PARÁGRAFO TERCERO. - *El Concesionario, deberá garantizar que el VP (Valor Presente) de las inversiones sea como mínimo el registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, el cual, descontado al WACC en términos reales doce por ciento (12%) efectivo anual, corresponde a la suma de* ***USD$ 6.895.213 (SEIS MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS TRECE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA) en dólares constantes de diciembre de 2015 y con fecha focal diciembre 31 de 2015.***

PARÁGRAFO CUARTO. - *Conforme al seguimiento de la ejecución del Plan de Inversiones contractual, la Agencia verificará que se cumpla con la totalidad de las*

Documento firmado digitalmente

GTEC

actividades del plan de inversiones y efectuará seguimiento al cumplimiento del VPN contractual. Si una vez ejecutadas todas las actividades faltaren montos por invertir al no encontrarse garantizado el VPN, deberá convenirse con el Concesionario la manera de recoger tal efecto en el contrato, ejecutando actividades necesarias para el Terminal, reducción del plazo o aumento de contraprestación.

PARÁGRAFO QUINTO. - *De acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 2.2.2.3.1.5 del Decreto 1076 de 2015, la modificación de la Licencia Ambiental es condición previa para el ejercicio de los derechos derivados de modificaciones de permisos, autorizaciones, concesiones, contratos, títulos y licencias expedidos por otras autoridades diferentes de las ambientales siempre y cuando estos cambios varíen los términos, condiciones u obligaciones contenidos en la licencia ambiental. Por tal razón, el Concesionario deberá llevar a cabo toda la debida diligencia para la obtención de la autorización respectiva ante la Autoridad Ambiental, en la medida en que no podrá iniciar la ejecución de ninguna obra y/o actividad hasta tanto no cuente con dicha autorización, y en todo caso, ante la demora en la obtención de la respectiva autorización el Concesionario deberá garantizar el mantenimiento del Valor Presente de las inversiones.*

PARÁGRAFO SEXTO. – *El Concesionario deberá presentar ante la Agencia, con treinta (30) días calendario de anticipación al momento en que se vayan a acometer las inversiones aprobadas a través del presente acto administrativo, el cronograma detallado, los diseños, la ingeniería y los presupuestos detallados y definitivos de los mismos, los cuales deberán ser verificados por la Agencia y la Interventoría.*

PARÁGRAFO SÉPTIMO. - *En el evento que el concesionario requiera la ejecución de nuevas inversiones o inversiones adicionales, esto es, inversiones diferentes a las establecidas en el plan de inversión de que trata el presente artículo, deberán ser acordadas por las partes, previo análisis de la Agencia, siempre que no modifiquen las condiciones del contrato de concesión. En todo caso, las nuevas inversiones o inversiones adicionales que sean aprobadas se ejecutarán por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO y por lo tanto se entiende que las mismas serán recuperadas o amortizadas durante el término de la concesión, no generarán el otorgamiento de plazo adicional y su ejecución no dará derecho a reclamación alguna por parte del concesionario. Es importante indicar, que en el caso de ejecutar nuevas inversiones o adicionales, éstas deberán contar con el aval o autorización ambiental por parte de la Autoridad Ambiental competente.*

PARÁGRAFO OCTAVO*. – De presentarse costos de dragado por mantenimiento y que incurra el concesionario en el plazo de concesión, deben ser asumidos por su cuenta y riesgo."*

4.5. De la naturaleza del Contrato

La naturaleza del contrato de concesión portuaria tiene su regulación especial en la Ley 1 de 1991, que 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."*

Debe advertirse que el contrato de concesión portuaria, si bien 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.

4.6. De las cláusulas presuntamente incumplidas.

Documento firmado digitalmente

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 Portuaria No. 005 de 2007:

Numeral 40, Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015:

> *"(…) Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:*
> *(…)*
>
> *40. Realizar las inversiones de acuerdo con los montos y fechas establecidas en el Plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato…"*

Cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, del Contrato de Concesión No. 003 de 2015:

> ***"…<u>CLÁUSULA QUINTA</u>**. - **Modificar** la **Cláusula 12 "PLAN DE INVERSIONES"** del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, para establecer el plan de inversiones a ejecutar por la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A. en la zona de uso público objeto del contrato de concesión, por un valor de **TRECE MILLONES TRESCIENTOS VEINTISÉIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015 (USD$ 13.326.731)** con un **en plazo de ejecución de diecinueve (19) meses distribuidos en 3 años** que se discriminan por actividad, así:*
>
> ***12.1. PLAN DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA (dólares constantes de diciembre de 2015)***

PLAN DE INVERSIÓN	TOTAL	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022
Obras Civiles	**USD 12.018.731**	USD 3.082.638	USD 8.639.793	USD 296.300
Equipos	**USD 1.308.000**	USD 103.760	USD 653.845	USD 550.395
TOTAL	**USD 13.326.731**	**USD 3.186.398**	**USD 9.293.638**	**USD 846.695**
TASA		**12%**		
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER)		**USD 6.895.213**		

El detalle de las inversiones se plasma así:

TOTALES	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022
	USD 3.186.398	**USD 9.293.638**	**USD 846.695**
Obras Civiles	**USD 3.082.638**	**USD 8.639.793**	**USD 296.300**
Preliminares & Compras	USD 3.082.638	USD 3.149.793	USD -
Trestle	USD -	USD 2.423.000	USD -
Muelle de Atraque	USD -	USD 1.986.000	USD -
Dolphin de Atraque - 4 unidades	USD -	USD 672.000	USD -
Dolphin de Amarre - 2 unidades	USD	USD	USD

Documento firmado digitalmente

GTEC

TOTALES	**AÑO 2020**	**AÑO 2021**	**AÑO 2022**
	USD 3.186.398	**USD 9.293.638**	**USD 846.695**
	-	409.000	-
Instalaciones Misceláneas	USD -	USD -	USD 167.300
Desmovilización	USD -	USD -	USD 129.000
Equipos	**USD 103.760**	**USD 653.845**	**USD 550.395**
Preliminares & Compras	USD 103.760	USD 301.240	USD -
Trestle	USD -	USD -	USD -
Muelle de Atraque	USD -	USD -	USD -
Dolphin de Atraque - 4 unidades	USD -	USD -	USD -
Dolphin de Amarre - 2 unidades	USD -	USD -	USD -
Instalaciones Misceláneas	USD -	USD 352.605	USD 550.395
Desmovilización	USD -	USD -	USD -

(…)"

V. DE LA DECISIÓN Y SU CORRESPONDIENTE FUNDAMENTACIÓN.

5.1 Del incumplimiento y su persistencia

Sea lo primero precisar que el Contrato de Concesión No. 003 de 2015, se encuentra actualmente vigente ya que el plazo contractual se extiende hasta el 14 de abril de 2046, tal como se observa del Otrosí No. 002 suscrito entre las Partes el día 30 de septiembre de 2020.

Ahora bien, los Grupos Internos de Trabajo Portuario y Financiero 1 y la Vicepresidencia de Gestión Contractual mediante memorando con radicado No. 20213030128403 del 22 de septiembre de 2021 solicitaron formalmente el inicio de un procedimiento sancionatorio toda vez que, el Concesionario estaba presuntamente incumpliendo el Contrato por la no ejecución del plan de inversiones.

En el mencionado memorando se refirió el informe de la Supervisión del Contrato (memorando No. 20213030119783 del 31 de agosto de 2021) en el que se manifestó:

> "*A través de radicado ANI No. 20213080064283 de fecha 22 de abril de 2021, se informó a la Vicepresidencia Administrativa y Financiera, que, al primer trimestre de 2021, la sociedad portuaria No ha reportado inversiones, por lo que se presume en la no ejecución de las actividades descritas en el plan de inversiones estipulado en el Otrosí No. 2 de 2020. Lo cual fue ratificado con el informe de inversión semestral a corte 30 de junio de 2021, en donde la Sociedad Portuaria mediante comunicación No. 20214090763392 del 9 de Julio de 2021, allega los formatos de Inversión Semestral en ceros, así las cosas, el balance de inversiones a corte del primer semestre de 2021, se presenta en el análisis financiero según concepto financiero de la Gerencia GIT Financiero 1 memorando No. 20213080116383 de 24 de agosto de 2021:*
>
> *"1.4 Análisis Financiero*
>
> *A continuación, se muestran las actividades que conforman el Plan de Inversiones contractual según el cronograma, según se describe en el mencionado Otrosí No.2 de 2020*

Documento firmado digitalmente

GTEC

PLAN DE INVERSIÓN CONTRACTUAL										
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	0	1	2	3	4	5	6	7		
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022		
	22/09/2015	15/04/2016	1/01/2017	1/01/2018	1/01/2019	1/01/2020	1/01/2021	1/01/2022		
	31/12/2015	31/12/2016	31/12/2017	31/12/2018	31/12/2019	31/12/2020	31/12/2021	31/12/2022	TOTAL CONSTANTES DE DIC DE 2015	VPN NO PER
Obras Civiles	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**3.082.638**	**8.639.793**	**296.300**	**12.018.731**	**6.256.504,31**
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	3.082.638	3.149.793	0	6.232.431	3.342.878,24
Trestle	0	0	0	0	0	0	2.423.000	0	2.423.000	1.226.805,15
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	0	1.986.000	0	1.986.000	1.005.544,79
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	0	672.000	0	672.000	340.244,76
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	0	409.000	0	409.000	207.083,49
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	167.300	167.300	75.631,04
Desmovilización	0	0	0	0	0	0	0	129.000	129.000	58.316,82
Equipos	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**103.760**	**653.845**	**550.395**	**1.308.000**	**638.708,43**
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	103.760	301.240	0	405.000	211.362,48
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	352.605	550.395	903.000	427.345,96
TOTAL CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**3.186.398**	**9.293.638**	**846.695**	**13.326.731**	**6.895.213**
VPN NO PER (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL AL AÑO 3 DE INVERSIONES								**6.895.213**		
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL AL AÑO 2 DE INVERSIONES							**6.512.449**			
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL AL AÑO 1 DE INVERSIONES						**1.806.925**				

(…)

De lo anterior se puede evidenciar un presunto incumplimiento de la obligación contractual referida a la ejecución del plan de inversiones en los términos establecidos en el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 y sus Otrosíes, particularmente lo establecido en la cláusula séptima modificada por la cláusula quinta del Otrosí No. 2 de 2020. (…)"

A partir del Informe se establecieron en el escrito de citación como normas presuntamente vulneradas, la contenida en el numeral 40 de la Cláusula 20 y la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, las cuales fueron transcritas en precedencia. Al respecto, el Despacho, a partir de las pruebas obrantes en la actuación encuentra que se incumplen por el Concesionario tales cláusulas, las cuales se refieren a la obligación de cumplir con el plan de inversiones contractual.

Adicionalmente, **el Apoderado del Concesionario en diligencia de descargos reconoció la no inversión de los recursos**, y si bien pretende justificarlo en circunstancias de fuerza mayor, no aportó ni solicitó prueba alguna dirigida a demostrar que hubiese cumplido con la ejecución del plan de inversiones.

Se destaca que, de las pruebas puestas en conocimiento a través de la citación a audiencia, las cuales demuestran el incumplimiento al plan de inversiones, ninguna de ellas fue objetada, tachada, ni desvirtuada por el Concesionario o su Garante, con lo

Documento firmado digitalmente

GTEC

cual se evidencia la materialización del incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por cuanto la inejecución del plan de inversiones se torna evidente de acuerdo con dichas pruebas, que expresamente refieren que el Concesionario no se encuentra al día en la ejecución del plan de inversiones.

Cabe resaltar que, se dio la oportunidad al Concesionario de contradecir cada una de las pruebas aportadas por el Supervisor, y aquél no desvirtuó ninguna de ellas, sino que aceptó la no ejecución del plan de inversiones de conformidad con los plazos señalados en el cronograma, por lo cual este Despacho encuentra probado que no se ha efectuado la inversión conforme al clausulado contractual, específicamente lo dispuesto en la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.

Finalmente se debe señalar que a la fecha el Concesionario no ha demostrado haber dado cumplimiento a su obligación de ejecutar el Plan de Inversiones pactado en el contrato.

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente el Despacho encuentra acreditado el incumplimiento por parte del Concesionario del numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por no ejecutar el Plan de Inversiones en los términos pactados contractualmente, por lo que procederá a analizar los descargos presentados por los Citados en los siguientes acápites, a efectos de verificar si opera alguna causal excluyente de responsabilidad que pueda excusar la desatención obligacional del Concesionario, respecto de las cláusulas contractuales aludidas.

5.2. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS DEL CONCESIONARIO.

De conformidad con los descargos rendidos por el Concesionario, procede al Despacho a su análisis en aras de desatar cada uno con el fin de determinar su procedencia.

5.2.1. Inusitado incremento de costos de construcción, por cuenta de la pandemia de Covid-19

En este argumento el Apoderado afirma que en el caso bajo estudio se configura una fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación de realizar el Plan de Inversiones contractual, toda vez que, los costos de construcción se dispararon de forma exponencial por cuenta de la pandemia generada por el COVID 19.

Así, señala que partir del año 2018 los precios del Acero y de los Concretos necesarios para la construcción de la terminal portuaria, han presentado un significativo incremento que se ha vuelto exponencial durante la época de pandemia a partir de fenómenos como: la reducción en la producción de materiales de construcción vinculados directamente al proyecto (menor oferta del producto que incrementa los precios ante la insatisfecha demanda) y, las restricciones y problemas asociados a la movilidad internacional de la carga por contenedores, hechos notorios en el contexto mundial (como ejemplo refiere la crisis del canal de Suez).

En la misma línea agregó que, de la distribución de costos de la infraestructura de la terminal portuaria de la Sociedad Portuaria las Américas, que debe obligatoriamente cumplir estándares internacionales de construcción, prevista a partir de los análisis del comportamiento histórico y de los estudios económicos efectuados en su momento, arrojó como valor global del proyecto la suma de USD 13.326.731, de los cuales el componente de estructuras metálicas y elementos de concreto pretensados

Documento firmado digitalmente

GTEC

representan el 64% de su valor, por la suma de USD 8.529.107 los cuales corresponden a materiales de construcción de particulares especificaciones, que deben ser adquiridos fuera del país.

Aunado a lo anterior, indica que, en los Estados Unidos, los precios de esos materiales de construcción se han incrementado desde el momento de reformulación del proyecto en un 80%, impulsado por un crecimiento exponencial y constante a partir de los fenómenos económicos generados como consecuencia de la pandemia por COVID 19.

Finalmente, señala que el costo del componente de mano de obra, dadas las dificultades de movilidad de personal, controles sanitarios y protocolos de bioseguridad en época de COVID, ha sufrido un incremento del 15 a 20%.

Por tratarse de temas directamente relacionados, en este acápite el Despacho también analizará el siguiente argumento.

5.2.2. Desbordado incremento del precio del dólar

El Apoderado sostiene que el desbordado incremento del precio del dólar ha resultado ajeno e imprevisible dentro de la ejecución del Proyecto, lo cual ha imposibilitado el cumplimiento del plan de inversiones, configurándose así una fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación. En ese sentido, expone que el precio del dólar se tenía proyectado sobre los 3.700 pesos, estando en la actualidad sobre los 4.000 pesos, impactando directamente sobre los costos del proyecto.

Remata resaltando que debido a estos factores y al incremento de costos dentro de la infraestructura del Proyecto, en los cuales se han presentado incrementos porcentuales insostenibles, a todas luces resulta imposible ejecutar de manera normal el Proyecto.

Análisis del Despacho

Sea lo primero señalar que tal como lo sostiene el Apoderado del Concesionario, la argumentación vertida gira en torno a una circunstancia de fuerza mayor o caso fortuito estructurada a partir del inusitado incremento de los costos de construcción por cuenta de la pandemia de Covid-19, y asimismo el incremento del precio del dólar, con lo cual es claro que se impone al Despacho realizar un estudio respecto de los eximentes de responsabilidad de conformidad con lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia.

En primer lugar, es pertinente indicar que el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, subrogado por el artículo 64 del Código Civil, definió la fuerza mayor y el caso fortuito como:

> *"El imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."*

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

En este sentido, las causales exonerativas impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad, o en ocasiones demostrando que si bien el

Documento firmado digitalmente

demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo coaccionado por un hecho externo, imprevisto e irresistible[1].

Así mismo se ha expresado doctrinariamente que:

> *"Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que la fuerza mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los perjuicios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna imposible la ejecución del objeto contractual (…)"*[2]*(Subrayado fuera del texto)*

Es decir que, para que se predique la existencia de un eximente de responsabilidad, cuya consecuencia es la imposibilidad de imputación del daño, es necesario que se haya interrumpido el nexo causal entre la acción que originó el daño y el incumplimiento.

Doctrinantes como Héctor Patiño[3], al analizar los pronunciamientos jurisprudenciales existentes concluye que:

> *"(…) la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición:*
>
> *1. Es un hecho externo*
> *2. Es un hecho imprevisible*
> *3. Es un hecho irresistible"*

Características, que el Autor desarrolla así:

> *"(…)*
>
> 1. *Es un hecho externo: la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre. (…)*
>
> 2. *Es un hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza mayor. Que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él.*
>
> *(…)*
>
> *Con todo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que son hechos normalmente previsibles los que suceden en el curso ordinario en que se desarrolla determinada actividad y ha establecido que para acordar lo previsible de un hecho, deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos[4], los cuales deben analizarse respecto de cada caso en concreto: a. El referente a su normalidad y frecuencia b. El*

[1] Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las obligaciones. Octava edición Editorial Temis. 2005. Pg. 110

[2] Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 715.

[3] Las causales exoneratorias de la responsabilidad extracontractual. H. Patiño. En el link: https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898/2539, Revisado el día 17-12-2020

[4] CSJ, Sala de Casación Civil, 13/Jun./2000, Exp. 5475

Documento firmado digitalmente

GTEC

atinente a la probabilidad de su realización c. El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo.
(…)

3. *Es un hecho irresistible: se refiere a la imposibilidad objetiva para el sujeto de evitar las consecuencias derivadas del hecho imprevisto. La Corte Suprema de Justicia ha dicho que este elemento de la fuerza mayor consiste en que haya sido absolutamente imposible evitar el hecho o suceso aludido, no obstante, los medios de defensa empleados para superarlo."*

Características anotadas que se coligen naturalmente de lo que se entiende por fuerza mayor, la cual, y citando la misma obra de Patiño, se concibe en Sentencia del Consejo de Estado[5] así:

"La fuerza mayor sólo se demuestra: mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña). Lo que debe ser imprevisible e irresistible no es el fenómeno como tal, sino sus consecuencias... En síntesis, para poder argumentar la fuerza mayor, el efecto del fenómeno no sólo debe ser irresistible, sino también imprevisible, sin que importe la previsibilidad o imprevisibilidad de su causa. Además de imprevisible e irresistible debe ser exterior del agente, es decir, no serle imputable desde ningún ámbito..."

En ese orden, es claro que la fuerza mayor es un hecho extraño, imprevisible e irresistible, que impide el cumplimiento del contrato.

Así las cosas, para que se presente el eximente de responsabilidad debe tratarse de un hecho que tenga la condición de ser imprevisible e irresistible, pero adicionalmente que se trate de asuntos ajenos a la voluntad de las partes. En cuanto a sus efectos, como se ha indicado, la fuerza mayor tiene la virtud de exonerar o excusar al contratista del cumplimiento de las obligaciones a su cargo. En este punto, es esencial determinar que lo que se presenta ante la ocurrencia de estos eventos es una verdadera imposibilidad en la ejecución o cumplimiento de las obligaciones, y no simplemente una mayor onerosidad.

Una vez estudiadas las características principales de los eximentes de responsabilidad en general, resta conocer las definiciones de aquellos que fueron invocados por el Apoderado del Concesionario y coadyuvados por su Aseguradora en el presente procedimiento.

De conformidad con lo anterior, es pertinente reiterar que en los argumentos presentados por el Concesionario en sus descargos y coadyuvados por el Garante, no se buscó probar el cumplimiento de las obligaciones, sino que se argumentó la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, resultando necesario en consideración a lo anterior, analizar la situación fáctica y las pruebas con el fin de determinar si se encuentra probado que efectivamente el incumplimiento al plan de inversiones se debe a circunstancias de fuerza mayor que impidieron a la Sociedad Portuaria las Américas S.A., cumplir con las obligaciones contractuales objeto de reproche en esta actuación.

En ese estado, resulta del caso descender a realizar un análisis de los elementos de convicción aportados por el Concesionario con el fin de probar la existencia de un eximente de responsabilidad por fuerza mayor debido al inusitado incremento de costos de construcción por cuenta de la pandemia de Covid-19, y el incremento del precio del dólar, así:

---

[5] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de junio de 2000, expediente 12423. Ver en igual sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2002, expediente 13090.

Documento firmado digitalmente

GTEC

- Archivo PDF denominado *"4. Grafico (sic) incremento de precios acero Colombia (La Republica Julio 6-2021).pdf",* que es un extracto del artículo "*Los precios del acero, del hierro y el alambre, subieron 75% por el comercio mundial"* del diario La República del 6 de julio de 2021, en el cual se indica que: (i) El grupo de insumos de aceros y hierros registró un incremento de 31,3% de julio de 2020 a junio de 2021, (ii) Productos como aceros figurados, alambres y mallas electrosoldadas han presentado aumentos superiores a 75% entre de julio de 2020 a junio de 2021, y (iii) El incremento de precio obedece a la dinámica a nivel internacional presionada por la recuperación de mercados.

- Archivo PDF denominado *"TO033-2022 SOC PORT las américas"* que corresponde a la traducción oficial publicada por GORDIAN en un blog denominado *"Lo que Dicen los Datos: Volatilidad de los Costos del Acero Estructural",* en el cual se indicó que existen cuatro factores que hacen fluctuar el valor del acero, a saber: (i) Costos de fabricación del acero, (ii) Mano de obra de instalación, (iii) Costos de transporte y aranceles, y (iv) Oferta y Demanda.

- Archivo PDF denominado *"6.TRM IMPACTO.pdf",* sin nota de autoría, así como fuentes de la información, en el cual se indica que la TRM del Otrosí era de 3.772,43 y que la actual es de $4.000. También se señala que el impacto por TRM en el valor de la inversión estaría en el orden los MCOP 4.550.

- Archivo PDF denominado *"TO034-2022 SOC PORT las américas"* que corresponde a la traducción oficial de un documento referido a la LISTA DE PRECIOS DE SUMA GLOBAL - MUELLE con fecha 2 de octubre de 2017 a las 10:08 am, con un valor total de $11,361,298.44

- Archivo PDF denominado *"TO035-2022 SOC PORT las américas"* que corresponde a la traducción oficial de un informe referido a MSCE – Muelle SPLA que corresponde a un estimado de costos creado por Jorge Abisambra el 25 de abril de 2016.

- Archivo PDF denominado *"2016 ConciseReport (Items traducidos).pdf"*, que corresponde a los costos por actividades para la ejecución o partidas del Proyecto en los años 2016, 2020 y 2022. Así, en enero de 2016 el costo del proyecto ascendía a $ 11,361,298.44 USD, en enero de 2020 a $11.743.662,70 USD y en enero de 2022 a $16.587.606,47 USD.

- Archivos tipo PDF denominados*: "TO083-2022 TERLICA.pdf", "TO084-2022 TERLICA.pdf"* y *"TO085-2022 TERLICA.pdf",* que corresponde al costo de materiales a utilizar para la construcción del Proyecto en las vigencias 2016, 2020 y 2022, señalando que los costos desde 2016 a febrero de 2020 incrementaron en un 3% y para febrero de 2022 en 62%.

De conformidad con los anteriores elementos de prueba, es claro para el Despacho que a través de estos el Concesionario acreditó que efectivamente se ha presentado una variación mundial importante en el costo de los elementos necesarios para la construcción del Proyecto a partir de las restricciones generadas por el COVID-19, con lo cual su ejecución implica una mayor onerosidad.

Ahora bien, el Despacho advierte que, sumado a lo anterior, se observa que dentro de las pruebas testimoniales practicadas existen dos, las cuales se refieren a lo alegado por el Concesionario. Así, respecto del testimonio del señor Jorge Guillermo Abisambra Valencia conviene destacar lo siguiente:

Documento firmado digitalmente

*"**Apoderado del Concesionario:** La primera pregunta es: ¿cuál ha sido su intervención para el diseño de la terminal portuaria de la Sociedad Portuaria las Américas?*

***Testigo:** Yo he sido consultado por los propietarios del proyecto prácticamente desde el año 2015, en diferentes facetas de opinión, preliminares, diseños iniciales, conceptuales, progreso de los diseños, hasta llegar a un diseño final y ha sido una participación constante prácticamente desde el año 2015.*

***Apoderado del Concesionario:** Perfecto, ¿su participación estaba enfocada únicamente al diseño de la terminal portuaria o también intervendría para efectos de la construcción?*

***Testigo:** Para ambas cosas, porque cuando uno produce un diseño debe reservarse la mejor opción que quien diseña, controle y vigile, que los efectos de la construcción en lo que en Colombia ustedes llaman interventoría y, pues uno aquí lo llama como Construction Management, o sea la veeduría y la inspección de las obras, por supuesto que sí.*
(…)

***Apoderado del Concesionario:** Perfecto. ¿qué variables se consideraron para determinar los costos del proyecto?*

***Testigo:** Mira ese es un proyecto que básicamente, fundamentalmente es un proyecto, un puerto de estructuras de acero, son grandes obras de pilotajes, tuberías grandes, de una resistencia muy particular, 50.000 PSI [pound per square inch] de resistencia de acero de tubo, que son comerciales pero no los produce mucha gente, y grandes cantidades de concretos y pretensados, después hay una serie, una cantidad de materiales que son accesorios, pero básicamente es acero, concreto reforzado y elementos pretensados, para poder agilizar la construcción y evitar el menor número de formaletas y grandes equipos, grandes equipos flotantes porque el oleaje afecta el posicionamiento de los pilotes y la precisión de las obras para poder instalar los elementos prefabricados.*

***Apoderado del Concesionario:** De acuerdo con su respuesta anterior, ¿podríamos considerar que los componentes de acero, concretos y elementos pretensados son los que representan una mayor significancia en cuanto a los costos del proyecto?*

***Testigo:** Exactamente, ese es el mayor impacto, son esos tres, los costos porque el concreto reforzado tiene acero, o sea varillas que se funden con concreto y los tendones de los elementos pretensados, y el acero por supuesto.*
(…)

***Apoderado del Concesionario:** De acuerdo. Para este proyecto de terminal portuario se celebró una modificación, lo que se denomina un otrosí al contrato de concesión en el mes de septiembre del año 2020, momento en el cual pues naturalmente comenzaban los compromisos de desarrollo de la construcción. Usted podría indicarnos de acuerdo con su experiencia, su trabajo ¿cuáles eran las condiciones que se presentaban para ese momento a fin de desarrollar este tipo de proyectos?*

***Testigo:** Por supuesto, además de todos los pasos que expliqué en el diseño y de ir descubriendo la factibilidad del proyecto, paralelamente el motor que*

Documento firmado digitalmente

GTEC

conduce a la factibilidad es el elemento costos, costos – beneficios, además. En eso nosotros hemos sido muy cuidadosos, inclusive por petición de los dueños de ir controlando y en el momento de hacer los diseños se hacen muchas iteraciones de alternativas para poder encontrar el beneficio, el costo más económico, pero igualmente efectivo, sin sacrificar la calidad de la estructura, o sea desde el principio estuvimos manejando unos costos de 11.000.900, tú tienes las cifras exactas allí Alfredo, cítalas porque yo soy ingeniero pero la memoria me falla cuando se trata de números, no me aprendo ni uno; son 11.000.900, yo lo tengo aquí anotados, pero si camino y lo muestro al mismo tiempo me caigo, son 11.000.900 el inicial y después hacia final de 2019, principios de 2020 se mantuvieron más o menos dentro de unos rangos normales, creó que hubo un aumento, sí de 400.000 dólares que no afectaba la viabilidad del proyecto en el transcurso de esos primeros años entre el 2016, 2017 y 2020, creo que se mantuvieron más o menos constantes, hubo un aumento, un aumento dentro de los límites. A partir del 2020, por el efecto de la pandemia los precios del mundo, en todo el mundo han sido trastornados, por ejemplo nosotros, recuerdo que para los años 2019 el precio del acero se había mantenido más o menos constante, entre 1.100 dólares la tonelada, tonelada de Estados Unidos que no es la misma tonelada métrica, tonelada de Estados Unidos y en base en eso nosotros cuantificamos eso y después lo trasladamos a cantidades métricas pero en el fondo están en cantidades de sistema imperial, entre 800 dólares el acero de Turquía y 1.100 dólares dependiendo de las especificaciones del concreto, del acero, de la tubería, eso era normal en el mercado. El mercado hoy día hasta enero, hasta hace 3 semanas, el mercado del acero varió a 3.223 dólares la tonelada, toneladas de Estados Unidos o short tons, que son 2.000 libras, la tonelada métrica son 2.204 libras. Eso quiere decir que ha causado un impacto enorme en todas las obras mundiales, igualmente en el acero de refuerzo o sea de las varillas y el concreto muy específico que nosotros utilizamos en los proyectos marinos, para evitar, que inhibe la corrosión de los elementos estructurales de las varillas, que es concreto con agregados o aditivos marinos, lo llaman pozo lands, es un concreto de 5.000 libras por pulgada cuadrada de resistencia, pero de un altísimo valor, mucho más que el concreto común y corriente que se utiliza en edificio por ejemplo, esos elementos han sufrido un impacto muy grande y del cual nosotros hicimos las simulaciones con software muy especializado que utilizamos en detalle con toda la lista de todos los elementos constructivos que van a ser parte componente de ese puerto.

(…)

Quiero aclarar también que entre el mes de enero y hoy día, también hay otro factor fundamental que altera las condiciones de puerto, las condiciones de costo de todos los proyectos a nivel mundial, que es el alza en el costo de los combustibles, eso ha pasado de 90 dólares el barril a 140, 140 y tantos, ayer. Es incierto en cuanto más afecta eso, pero eso va a subir los precios de los materiales enormemente y no hay manera de predecir qué puede pasar en el inmediato futuro.

(…)

***Apoderado del Concesionario:** Sí señor este es uno de los cuadros que supongo es referido al costo de materiales, aquí para poder tener la mayor claridad en cuanto a la descripción se está, perdón en ambos idiomas, en inglés como fue diseñado y su descripción también traducida en español para mejor ilustración.*

Documento firmado digitalmente

GTEC

Testigo: *Los elementos primordiales, los materiales permanentes que van en la estructura y los elementos de materiales temporales que son constructivos, ayudan a la construcción, pero después se retiran. Entonces hemos resaltado esos que se ven allí en gris, se resaltó el grupo de concreto, el impacto y la trayectoria a través de los años 2016, 2017 a 2019, 2020 y luego el salto hasta el 2022. Ahí se ve por columnas el uno al lado del otro.*

Apoderado del Concesionario: *16, 20 y 22.*

Testigo: *Están las columnas del precio unitario por el precio total, el aumento total de los materiales a nivel de costos, porque el sistema de software que nosotros utilizamos trata de simular un estado de pérdida y ganancia, o sea un IN COST STATEMENT, y se basa en labor, materiales, equipos, subcontratos externos y luego, a eso se le aplica el OVERHEAD o sea los indirectos y después el MARK UP, que es el PROFIT o las ganancias. Entonces aquí a ese nivel, cuando se hace la impresión es a nivel de costos, lo que costaría comprar los materiales y nosotros allí simulamos el costo de lo que costaría la obra completa. Entonces nada más aislamos los materiales que son los del gran impacto porque el precio de la labor ha sido predecible, o sea el aumento básico que cada salario mínimo puede ser el aumento que se le hizo a las labores eso fue escalonado apropiadamente, no tuvo gran impacto, pero unos materiales sí, ahí se aprecian las cantidades de acero y todas las cosas que conllevan hasta los electrodos de la soldadura que estoy viendo ahí al final, el welding supplies, materiales de soldadura, electrodos.*

Apoderado del Concesionario: *Conforme al renglón que estamos apreciando en este momento del cuadro, los costos de materiales han tenido un incremento que está rondando el 62%.*

Testigo: *Sí*

Apoderado del Concesionario: *Impactado fundamentalmente por lo que usted ha destacado acá que sería*

Testigo: *El concreto*

Apoderado del Concesionario: *Concreto*

Testigo: *El acero, de las tuberías pues de las tuberías, las varillas de acero y luego las tuberías están ahí en amarillo están todas consolidadas todas las cantidades de tuberías que se necesitan.*

Apoderado del Concesionario: *Sí tuberías en amarillo y en verde los aceros.*

Testigo: *Las barras, varillas de acero, sí.*

Apoderado del Concesionario: *Varillas de acero.*

Testigo: *Sí, pero el mayor impacto es de las tuberías y es el amarillo no.*

Apoderado del Concesionario: *Correcto, el otro cuadro que nos ha suministrado*

Testigo: *Ya ese cuadro consolida lo que los componentes de cada actividad, las mayores partidas por decirlo en español, las partidas del proyecto, consolida ya la elaboración, instalación y puesta en operación de las*

Documento firmado digitalmente

GTEC

estructuras y allí se aplican los costos indirectos de la simulación del profit o ganancia que tendría un contratista en hacer la obra, es el valor que tendría porque estamos simulando el valor total o sea el egreso de parte de los dueños del proyecto para poner a funcionar la estructura, entonces allí se trasladan los costos de materiales, más la mano de obra, más los equipos y tal y todo completo, todos esos componentes se traducen en los costos del 2016, 20 y el año 22, ahí se ve todos los cambios producidos por el impacto económico de la pandemia.

Apoderado del Concesionario: *Estos cortes que aparecen aquí a 2016, 2020 y 2022 ¿a qué meses corresponden?*

Testigo: *Básicamente cada 12 meses, o sea los hemos trasladado de diciembre a enero, o sea final corte de año y principio de año, o sea podemos decir que es enero de cada año.*

Apoderado del Concesionario: *Enero de cada año, de acuerdo. Dentro de la declaración que usted ha venido rindiendo nos ha comentado que el tema de la situación de la pandemia también trastornó todo este propósito. ¿En qué medida desde el punto de vista de poder iniciar obras o desarrollar actividades para terminales como éstas, cómo se ha visto afectado en su trabajo, en su experiencia?*

Testigo: *Primero, en la disponibilidad de los materiales, hay escasez. Disponibilidad porque en el acero, tengo entendido de las fuentes muy cercanas de las acerías que no ha transitado el reciclaje de chatarras, el carbón coque, coquer que llaman en inglés, no está transitando por el mundo con la libertad que había antes, los precios han cambiado y luego el efecto de transporte y demoras en los barcos, en los puertos, y en la travesía del Canal de Panamá todavía hay tráfico y congestión, entonces por los atrasos de las obras, han tratado de comenzar muchos proyectos simultáneamente y los pedidos son grandes, entonces las entregas son lentas.*
(…)

Apoderado del Concesionario: *Conforme a este cuadro que usted ha suministrado tenemos que el proyecto para el año 2016 estaba en 11.361.298 dólares.*

Testigo: *Correcto.*

Apoderado del Concesionario: *Si, para enero del 2020, en 11.743.662 y para enero del presente año 2022, en 16.587.606 ¿esto ha sido el incremento que ha padecido por cuenta de esta situación que ha venido exponiendo?*

Testigo: *Sí, exacto.*

Apoderado del Concesionario: *¿Correcto conoce usted algún tipo de situación que pueda estar afectando desde el punto de vista de movilidad de carga también el suministro de materiales a nivel internacional?*

Testigo: *Hasta el momento de elaborar esto en enero y la transición esa que hemos venido estudiando enero, febrero, ha habido una recuperación en el tránsito del mundo de carga, se ha agilizado un poco el Canal de Panamá, aunque todavía hay represamiento en el Pacífico y en el Atlántico y, pero en el transcurso de las últimas semanas hay un trastorno en Europa que está afectando el suministro de materiales y de tránsitos.*

Documento firmado digitalmente

GTEC

Apoderado del Concesionario: *¿Recuerda usted particularmente las condiciones que se presentaban para finales del año 2020 y de ahí en adelante? Me explico último trimestre de noviembre, diciembre en adelante.*

Testigo: *No, era una vida normal no había congestiones de nada, el barril de petróleo estaba en 30 dólares.*

Apoderado del Concesionario: *Perdón, me refiero al año 2020.*

Testigo: *El año 2020, el año 2020 en el principio, finales del año 2019 principios del 2020, hasta febrero del 2020, no había, no había repercusiones de nada, no había obstrucciones de nada en el mundo, todo estaba normal.*

Apoderado del Concesionario: *Por eso me explico, la pregunta va orientada es a partir de octubre del 2020*

Testigo: *A partir de octubre de 2020, espere y me ubico en el tiempo.*

Apoderado del Concesionario: *A ver, de pronto para aclarar un poco y contextualizar la pregunta. Tenemos unos costos aquí enero del 2020, sabemos y es un hecho notorio reconocido, que desde el 2020 hacia marzo en adelante se presentaron las restricciones producto de la pandemia*

Testigo: *Sí, sí.*

Apoderado del Concesionario: *Vete octubre del 2020 y me refiero a que fue cuando ya se consolidó el otrosí de la concesión portuaria, es decir cuando debía iniciarse el plan de inversiones. Entonces ¿qué condiciones eran las que se presentaban a partir de ahí y poder desarrollar los trabajos?*

Testigo: *En ese momento hubo paralización total del mundo, yo recuerdo que estaba asignado a un trabajo en Panamá, en el Canal de Panamá, y estuve retenido allá 79 días, yo no pude salir del país y llegué en un vuelo humanitario a Estados Unidos. Luego para octubre, septiembre octubre, había paralización total de obras no había nada o sea encerramiento total en muchas ciudades y en todas partes del mundo, hasta con toque de queda.*

Apoderado del Concesionario: *¿Esas condiciones se encuentran ya superadas o se mantienen dificultades para ese ejercicio?*

Testigo: *Apenas se están liberando, yo creo que durante el año 2021 hasta diciembre más o menos hubo restricciones, en enero comenzaron a liberarse las condiciones de trabajo de quitar máscaras y de congregaciones de trabajadores en las obras. Las obras de construcción fueron de las más afectadas porque son, eran congregaciones de trabajadores, se aglomeraban grupos de personas pues, no podían trabajar todas juntas y aquí en un momento en que los obreros tienen que trabajar todos aglomerados, juntos en un solo lugar. Sí hubo paralización y afectaciones en la construcción, bastante.*
(…)

Apoderado de la Garante: *Muchísimas gracias doctor Durán, pues he encontrado que las preguntas que ha realizado el doctor Alfredo han sido muy acertadas, igual la ilustración que nos ha dado el ingeniero Jorge también ha sido muy ilustrativa, es claro que pues nos encontramos en un mundo que han denominado incierto, cambiante, ambiguo, que ha generado una cantidad de incertidumbres de toda índole, yo quisiera que el ingeniero*

Documento firmado digitalmente

GTEC

nos contará, y acudiendo un poco su experiencia, si de alguna manera ha vivido un cuello de botella así como el que se estaba viviendo en la cadena de suministro, en su experiencia, si en algún, nos comentó al inicio de la audiencia que es más o menos 7 años de experiencia en Colombia y 35, 37 en Estados Unidos, en esa experiencia tan larga y obviamente acudiendo a su sabiduría y conocimiento, ¿en algún momento de todo su ejercicio encontró una crisis de la cadena de suministro como la que estamos viviendo actualmente?

Testigo: *No nunca, nunca en 40 años de ejercicio profesional he visto una situación de este tamaño, jamás, eso es inédito en la vida y en el plazo de vida de nosotros, los que vivieron las guerras mundiales probablemente o las pandemias a principios del siglo pasado probablemente lo vivieron así. No nunca, nunca.*
(…)

Despacho: *Perfecto muy bien, dejamos entonces en audiencia constancia de haber recibido dicha documentación, que en su momento el Despacho entrará a valorar si es procedente o no su incorporación y de ser así entonces su incorporación y posterior traslado a los Citados.*

Bien, vamos entonces en este momento, doctor Jorge a hacerle unas preguntas, le ruego por favor que sea muy conciso en sus respuestas. La primera pregunta señor Jorge Abisambra es, usted nos ha manifestado y a partir de su hoja de vida que nos ha acreditado una enorme experiencia en todos los temas relacionados con el diseño de proyectos de infraestructura portuaria e inclusive usted nos señaló que efectivamente como consultor del proyecto de la sociedad portuaria las Américas, por supuesto hizo parte de ese diseño para la construcción de ese terminal portuario. La pregunta que yo le quiero hacer a partir de su inmensa experiencia en el tema señor Jorge es, regularmente cuénteme usted quién asume los riesgos dentro de este tipo de proyectos en lo que está relacionado con el cambio de los costos de los materiales para la construcción de las obras que hacen parte del plan de inversiones de un proyecto portuario.

Testigo: *¿quién asume los riesgos normalmente en una inversión económica?*

Despacho: *Sí, de este tipo, de un proyecto de un contrato de concesión portuario, doctor Jorge.*

Testigo: *Cuando uno estudia finanzas los riesgos los toman los inversionistas, no.*

Despacho: *De acuerdo muy bien. Otra pregunta que yo le quería hacer doctor Jorge es en lo relacionado con el incremento que pueda tener en algún momento el precio del dólar, ¿quién regularmente en esos proyectos de infraestructura asume el riesgo por el incremento que pueda tener el dólar?*

Testigo: *Es una pregunta que puede ser muy obvia, pero tiene connotación, nadie controla el efecto del dólar y esa es la economía de oferta y mercado, libre mercado, el riesgo lo asumimos todos, a nivel personal, a nivel individual, a nivel Gobierno, a nivel de inversionista, a nivel todo; o sea quien desarrolla un proyecto asume todos los riesgos.*

Despacho: *Quien desarrolla un proyecto asume todos los riesgos, de acuerdo muy bien. Conoce usted doctor Jorge por lo que nos señaló a partir*

Documento firmado digitalmente

GTEC

de la respuesta que le dio a una pregunta que le hizo al doctor Alfredo Ricardo, que en septiembre de 2020 se suscribió un otrosí al Contrato de concesión portuaria entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria de las Américas, ¿es correcto?

Testigo: *Sí, tengo noticia de que eso ocurrió, sí.*

Despacho: *Ok y ¿tiene usted conocimiento si dentro de la negociación para ese otrosí, en septiembre de 2020, se debatió de alguna manera los efectos de la pandemia mundial por el COVID, a efectos de esa negociación, de ese otrosí?*

Testigo: *Por las conversaciones creo que sí, o sea yo no entró en los detalles de las cuestiones, pero siempre me comentan y creo que si solicitaron un aplazamiento debido al impacto de la pandemia.*

Despacho: *¿Pero tiene usted conocimiento si, en lo que tiene que ver directamente con el otrosí, suscrito en septiembre de 2020, el covid fue objeto de discusión para ese otrosí?*

Testigo: *Por comentarios, pero yo no creo que yo haya leído tal documento, no.*

Despacho: *Ok, muy bien, una última pregunta que le quiero hacer es, usted nos dijo en alguna de las respuestas que nos dio también a las preguntas que le han hecho los Apoderados que, después de digamos todo lo que fue la pandemia mundial por el COVID, sin embargo, hemos llegado ya a un momento en enero y febrero de este año, digamos lentamente a una normalidad, pero el análisis que usted hace sobre los efectos del COVID doctor Jorge es un análisis que usted entiende concomitante a las inversiones que tiene que hacer la sociedad portuaria o es un efecto posterior. Y lo pregunto, perdóneme para hacer más corta la pregunta, lo pregunto porque algunas de las preguntas que a usted le hacían tenían más relación con algunas circunstancias incluso ya para este año.*

Usted por ejemplo relacionó que el precio del combustible estaba el año pasado 2021 a 30 dólares y pasó a 140 dólares, pero este año, luego por eso la pregunta que le quiero hacer es, en general, ¿tiene usted claro digamos que si esos efectos del COVID tuvieran lugar concomitantemente con la fecha para la cual el Concesionario debía cumplir con las obligaciones objeto de reproche en la presente actuación?

Testigo: *Sí, es concomitante en cuanto al lugar y tiempo del 2020 en eso sí estamos claro, después del 2020 ha habido unos desarrollos adicionales, eso es lo que prácticamente tenemos que separar".*

Del testimonio de Jorge Guillermo Abisambra Valencia ingeniero civil consultor para el diseño y construcción de la terminal portuaria, se resalta lo siguiente: (i) Hace parte del equipo encargado del diseño y construcción de la terminal portuaria. (ii) Los principales elementos que revisten en el costo del proyecto son los componentes de acero, concreto y elementos pretensados, (iii) A partir del 2020, por el efecto de la pandemia los precios de los elementos de construcción variaron sustancialmente, especialmente el del acero, desde enero de 2022, así como su disponibilidad, (iv) Los costos del acero han variado sustancialmente, pasando de 1.100 dólares la tonelada de Estados Unidos de 2019 a 3.223 dólares en febrero de 2022. (v) La variación del costo del combustible afecta las condiciones del puerto, (v) Es un hecho notorio que desde marzo de 2020 hacia adelante se presentaron las restricciones producto de la pandemia por COVID-19,

Documento firmado digitalmente

GTEC

(vi) En septiembre y octubre de 2020 existió paralización total de obras por restricciones y cierres en gran parte del mundo, las cuales han venido siendo superadas desde enero de 2022. (vii) En su experiencia profesional nunca ha presenciado una crisis en la cadena de suministro como la ocasionada por las restricciones producto del COVID-19, (vi) Los riesgos de una inversión económica en este tipo de proyectos los asumen los inversionistas, (viii) Quien desarrolla un proyecto de infraestructura asume todos los riesgos, entre ellos el incremento que pueda tener el dólar, (ix) Los efectos generados por las restricciones del COVID-19 tuvieron lugar de manera concomitante con la fecha en la cual el Concesionario debía cumplir con las obligaciones reprochadas.

Ahora bien, de igual forma se practicó el testimonio del señor William Enrique Granados Codina, del cual se resalta lo siguiente:

> ***"Apoderado del Concesionario:*** *Bueno señor William, el proyecto de terminal portuario de la Sociedad Portuaria las Américas concebía unos costos en términos de dólares al momento de su dimensionamiento, situación que está sujeta naturalmente a la variación del precio de dólar, usted podría indicarnos ¿cómo ha impactado en el proyecto este fenómeno de incremento del precio del dólar?*
>
> ***Testigo:*** *Claro que sí, bueno básicamente el proyecto obviamente está planteado en dólares, alrededor de lo que tenemos en el otrosí, alrededor de 13.3 millones de dólares. Sin embargo, en la TRM con la cual nosotros contemplamos ese otrosí o la que estaba modelado en ese modelo financiero, valga la redundancia, es una TRM alrededor de los 3.772 pesos con 43 centavos, esa fue la TRM con la que se planteó el modelo y con la que se plantearon todos los números e hicimos la firma; sin embargo, nosotros nos habíamos comprometido pues, con una serie de inversiones basadas en esa TRM, pero la coyuntura, de por ejemplo 2020 que fue cuando hicimos el otrosí y de ahí en adelante pues todo lo que se ha desprendido con relación a la tasa de cambio, han sido temas totalmente inestables y temas que pues pegarle a un valor exacto, un valor aproximado, estimado, ha sido demasiado complejo, bajo las condiciones que se han presentado en el escenario mundial desde el 2020 hasta la fecha. El proyecto como lo decía 13.3 millones de dólares pero sin embargo, al momento para nosotros ya como empezar a ejecutar, o empezar a mirar, o a revisar ya obras, logramos ver que por ejemplo en temas, en meses como el mes de octubre la TRM tuvo un máximo alrededor de 3.881 con 80, o en meses como noviembre, del 2020 me refiero, llegamos a una TRM, tuvimos TRM máxima de 3.858 con 56, entonces notábamos que nos estábamos saliendo del rango y eso obviamente podría tener implicaciones negativas en el proyecto, sobre todo pues para cumplir la TIR con la cual habíamos acordado o teníamos previsto para esto.*
>
> ***Apoderado del Concesionario:*** *Conforme a su respuesta anterior, ¿la TIR del proyecto sería viable, haría viable al proyecto a un dólar a qué precio?*
>
> ***Testigo:*** *3.773 con, voy a decirlo exactamente, 3.772 con 43 perdón, 3.772 con 43 centavos.*
>
> ***Apoderado del Concesionario:*** *Correcto, este crecimiento de dólar ¿cómo ha impactado en el proyecto referido a la situación actual?*
>
> ***Testigo:*** *Claro, actualmente logramos ver un dólar promedio ya uno decía 4.000 pesos, ya nos referimos a un dólar actualmente a un precio de 4.000, coyunturalmente estamos viviendo en los últimos días donde ha tenido una fuerte baja y se ha ubicado alrededor de los 3.775, se recupera un poco, y*

Documento firmado digitalmente

GTEC

vuelve y cae. Sin embargo, el escenario sigue siendo totalmente inestable a los temas de la TRM y no responde a temas, por ejemplo fundamentales, siempre hemos visto que la TRM, o el precio del petróleo por ejemplo tiene una incidencia fundamental en el comportamiento y hoy tenemos un petróleo bastante costoso en comparación por ejemplo, como lo teníamos en 2020, sin embargo la TRM no ha visto como una respuesta tan efectiva a un precio de petróleo tan alto; no está respondiendo tan rápidamente a los fundamentales como normalmente lo ha hecho y eso ha hecho que nosotros también seamos un poco cautos o no tengamos como el tema para lograr equiparar ese impacto de la TRM en lo que implica comprar materiales con su denominación en dólares.

Apoderado del Concesionario: *Correcto, en las diligencias que se han adelantado aquí en la presente audiencia, nos comentaron que los costos del proyecto pasaron de la cifra anotada inicialmente concebida al momento del diseño, de 11 millones algo de dólares a una cifra que, en este momento, redonda palabras más palabras menos, 16.500.000 dólares ¿qué efecto tiene esto respecto de la TIR del proyecto?*

Testigo: *Bueno, si lo miramos desde esa manera y hacemos una actualización a como estaría la inversión hoy, pues nos tocaría replantear de pronto algo de eso, pues porque no está concebido bajo el modelo financiero de esta manera, el modelo financiero contempla un retorno de la inversión sobre 13.3 que creo que contempla el modelo financiero planteado en el otrosí firmado en el 2020 y pues sí representaría una implicación pues que nos tocaría analizar en su momento.*

Apoderado del Concesionario: *Conforme a este escenario que está presentándose en el entorno de los factores que rodean el proyecto, ¿el proyecto resulta viable en términos de inversión o no resulta viable desde el punto de vista financiero?*

Testigo: *Bueno el proyecto, claramente es un proyecto que nosotros planteamos, veíamos una viabilidad en el proyecto, la TRM está impactando fuertemente en esto y pues es algo que nos hace como replantear o mirar a ver que podría pasar, para de pronto tomar una mejor decisión de que, si nos va a representar una mayor inversión o no.*

Apoderado del Concesionario: *Correcto, de acuerdo a la respuesta que ha venido dando usted nos dice el proyecto se concibió bajo una TIR a una TRM del orden de 3.770 pesos o algo semejante, ¿a partir de qué elementos pudieron proyectar esa tasa representativa en ese valor y no en los que se han venido dando recientemente?*

Testigo: *No, básicamente los 3772 con 43, era la tasa estimada con la cual habíamos trabajado las últimas revisiones del otrosí, era la TRM vigente en su momento; estoy hablando de un período entre julio y agosto y esa TRM era la que se veía en ese momento, entonces el modelo se actualizó con la TRM aproximadamente de ese tiempo pero pues ya de ahí en adelante se fueron desprendiendo, la TRM fue teniendo unas fluctuaciones que sí fueron haciendo que el proyecto se complicara un poco, sobre todo para esos meses de octubre, noviembre y diciembre que fue el cronograma de obras, o el cronograma de inversión, que estaba planteado o que está planteado en ese otrosí y, como les decía anteriormente ya en octubre veíamos una TRM que alcanzó un máximo de 3.881 con 80 y veíamos un noviembre con un máximo alcanzado de 3.858 con 56, entonces ya veíamos en esos meses en los*

Documento firmado digitalmente

GTEC

cuales ya debíamos estar haciendo obras, la TRM un poco fuera del cálculo que habíamos estimado.

Apoderado del Concesionario: *Correcto, en fenómenos recientes o los informes estadísticos e informes financieros han indicado que la TRM en momentos ha llegado a sobrepasar la suma de 4.000 pesos, ¿esta situación de acuerdo al comportamiento histórico de TRM era algo razonable esperado o sobrepasaba de pronto esta expectativa?*

Testigo: *No pues realmente no, la TRM ha tenido un comportamiento que yo pienso que ha sido muy difícil predecir, ha sido muy muy complicado, de pronto hasta para los analistas ha sido muy complicado predecir un comportamiento de TRM, obviamente esto se basa en muchos temas de especulación de mercado, el valor de una TRM, es decir si nos preguntaran hoy ¿cuál es el valor de la TRM? 1, 2 o 3 meses sigue siendo todavía un valor muy especulativo, o sea tenemos una coyuntura que está afectando los temas completamente a niveles exorbitantes, como les decía estamos viendo un petróleo en precios superiores a los 100 dólares el barril, pero todavía vemos una TRM por encima de los 3.700, cuando tuvimos petróleo, por ejemplo, año 2014 en un precio semejante y teníamos una TRM de 2.000 pesos, cuando la principal fuente de captación nuestra de dólares son recursos provenientes del petróleo y por eso respondía como muy consecuentemente eso; sin embargo, no lo estamos viendo así, no está respondiendo a los fundamentales, el precio se está apreciando por coyunturas diferentes, lo que está pasando en Ucrania está haciendo que el peso esté teniendo como una valoración por todos esos capitales que están saliendo de temas por riesgos y ven como a Colombia atractiva entonces está siendo como sobre demandado el peso, eso es lo que está haciendo básicamente que también baje el precio, pero no lo estamos viendo que baje a niveles que de pronto deberían corresponder a un petróleo tan alto o a una demanda de pesos tan alta y realmente sería algo especulativo, pero realmente no veíamos un comportamiento en ese momento de que llegáramos a un nivel como este, básicamente seguramente vamos a tener un efecto elecciones, que tal cual el dólar va a estar respondiendo sobre esa incertidumbre que maneja el país, entonces también es algo que se sale de las manos, no se sabe que puede pasar en ningún escenario y seguramente el dólar va a estar respondiendo a eso, nunca realmente bajo tú pregunta, no vimos que de pronto podía tener un comportamiento así.*

Apoderado del Concesionario: *De acuerdo, entonces llevándonos el escenario a lo que es la terminal portuaria, el proyecto portuario de la Sociedad Portuaria las Américas ¿este fenómeno de variación de dólar, de incremento de costos está haciendo en este momento que el proyecto sea viable o deba ser replanteado estructuralmente? ¿cuál sería la solución desde el punto de vista financiero?*

Testigo: *Bueno nos tocaría empezar a revisar, porque actualmente la TRM está más alta de lo que se planteó en el modelo, claramente eso es así y pues si las inversiones y los precios de las materias primas siguen teniendo un comportamiento como el que están teniendo hoy en día, claramente deberíamos revisar si de pronto se empieza una corrección de precios, pues estaríamos en un rango que permitiría o que seguiría siendo viable, pero bajo este escenario es un poco complejo dado los precios de las materias primas.*
(…)

Despacho: *De parte del Despacho inicialmente una pregunta, señor Granados precisamente teniendo en cuenta como usted bien lo señaló y*

Documento firmado digitalmente

GTEC

usted es un experto en finanzas por lo que nos ha contado tanto su experiencia profesional como su preparación profesional, usted nos señalaba que el precio del dólar es un tema absolutamente especulativo, si eso es así, le pregunto si teniendo en cuenta ello, el contrato de concesión sabe usted, tiene conocimiento, prevé algo sobre el riesgo que puede haber en cuanto al precio del dólar ¿lo tiene presente?

Testigo: *No lo tengo presente, tengo presente el otrosí, el modelo financiero del otrosí que trabajamos bajo el acompañamiento de la Vicepresidencia Financiera de la ANI y básicamente ahí es donde se circunscribe como mi conocimiento con relación a la TRM.*

Despacho: *Muy bien, perfecto. Bueno el Despacho en este momento le pone a usted de presente que el Contrato de Concesión efectivamente prevé que todo lo que esté relacionado con el incremento o incluso la disminución del precio del dólar, efectivamente es un riesgo que está previsto en el Contrato y está a cargo de la Sociedad concesionaria. Sabiendo eso que le acaba de poner a usted en conocimiento el Despacho le preguntó: ¿tiene usted conocimiento qué esquema o mejor qué medidas adoptó la Sociedad concesionaria para hacer frente, para cubrirse frente precisamente a esos cambios en el precio del dólar y que, de alguna manera, digamos, el riesgo cambiario estuviera cubierto?*

Testigo: *No, o sea ahí hay que plantear 2 cosas en lo que la TMR influye: primero si basamos el mismo valor de la inversión de los 13.3 que tiene el otrosí, tendríamos un sobrecosto claramente expresado, pero hay otro componente importante que al final si contempláramos y no variáramos TRM, sino que nos mantenemos en la TRM del otrosí de 3.772 con 43, es el tema de las materias primas, ¿sí?, entonces eso estaría haciendo que independientemente una cobertura sobre los 3.772 con 43 o no, estaríamos hablando de una desviación en dólares que a la misma TRM, por mantener plano el escenario que contempla el otrosí, estaría implicando un tema complejo, en tema cambiario para el proyecto.*

Despacho: *Perdóneme señor Granados, pero tal vez, no fui claro en la pregunta, pero definitivamente voy a repetirla porque no está usted respondiendo lo que le pregunto. Lo que le pregunto es, teniendo en cuenta que como le he puesto en conocimiento el riesgo cambiario está a cargo del Concesionario para cubrir ese riesgo cambiario ¿qué medidas adoptó el Concesionario?*

Testigo: *No, actualmente no tenemos ninguna medida adoptada."*

Del testimonio de William Enrique Granados Colina profesional en finanzas del proyecto, se extrae lo siguiente: (i) Es el Director Financiero del Proyecto, (ii) La TRM con la cual se planteó el modelo financiero para el Otrosí No. 002 es de 3.772,43 centavos, sin embargo para los meses de octubre y noviembre de 2020 la TRM se ubicó en 3.881,80 y 3.858,56 pesos, respectivamente, (iii) La TRM ha presentado valores fluctuantes difíciles de predecir, (iv) Bajo el escenario generado por la TRM, si bien no contempla la inviabilidad del proyecto en términos financieros, indica que se debería revisar una eventual corrección de precios, (v) El Concesionario no adoptó ninguna medida a efectos de mitigar el riesgo cambiario a su cargo.

Ahora bien, analizados en conjunto los elementos de prueba aportados por el Concesionario, para el Despacho resulta claro que efectivamente se ha presentado una alteración respecto de las condiciones económicas del mercado que influyen

Documento firmado digitalmente

GTEC

directamente en el plan de inversiones, todo esto ocasionado en virtud de la aparición del COVID-19 y sus efectos.

En tal línea, resulta imperioso analizar qué tan ajeno resulta el COVID-19 al Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2015, en aras de establecer si el mismo reúne las condiciones demandadas por la fuerza mayor para excusar justificadamente el incumplimiento de una obligación, esto es, tratarse de un hecho extraño, imprevisible e irresistible.

Siguiendo la línea propuesta, salta a simpe vista que efectivamente el COVID-19 con sus consecuencias resultó un hecho externo no solo para la ejecución del multicitado vinculo contractual sino para el mundo entero, no obstante, respecto de la imprevisibilidad de este y sus efectos frente a la ejecución del plan de inversiones del Contrato, el Despacho advierte que la pandemia y sus efectos ya eran conocidos por las partes al acordar una importante modificación al Contrato, como se pasará a explicar.

El Otrosí No. 002 al Contrato de Concesión 003 de 2015, fue el instrumento por el cual las Partes a partir de la solicitud del Concesionario, acordaron modificaciones respecto de la zona de uso público concesionada, las especificaciones técnicas del Proyecto, la prórroga en el plazo de la concesión por 10 años adicionales, así como que se estableciera un nuevo plan de inversiones por valor de USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015 y un nuevo valor de contraprestación de USD 797.712 dólares constantes de diciembre de 2015.

Como se observa, el acuerdo entre las Partes respecto del plan de inversiones vigente tuvo lugar el día 30 de septiembre de 2020, lo cual resulta muy posterior a la aparición del COVID-19 y la emergencia sanitaria declarada a partir de este, pues, por ejemplo:

i. La OMS declaró el 11 de marzo de 2020 al COVID -19 como pandemia.
ii. El 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria con ocasión del coronavirus a través de la Resolución No. 385, la cual fue prorrogada en el tiempo en nueve (9) oportunidades, hasta el pasado 30 de junio de 2022 según Resolución No. 666 del 8 de abril de 2022. A partir de la declaratoria de emergencia, el Gobierno Nacional expidió una serie de Decretos con el propósito de conjurar la calamidad pública por los efectos del COVID-19, entre los cuales se resaltan:

a. Decreto 412 del 16 de marzo de 2020 *"Por el cual se dictan normas para la conservación del orden público, la salud pública y se dictan otras disposiciones".*

b. Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 *"Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional".*

c. Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público".*

Particularmente en esta disposición, el Gobierno Nacional ordenó el aislamiento preventivo obligatorio, no obstante, de conformidad con lo señalado en su artículo 3° se indicaron como excepción a la restricción a la libre circulación para garantizar el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, entre otros, en el siguiente caso:

"(…)

16. Las actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga.

Documento firmado digitalmente

GTEC

(...)"

d. Decreto 531 del 8 de abril de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

Esta disposición que en su artículo 3° estableció como excepción a la restricción a la libre circulación para garantizar el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, permitió el derecho de circulación de las personas que, entre otros, se encontraran dentro de los siguientes casos o actividades:

"(...)

16. Las actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga.
17. Las actividades de dragado marítimo y fluvial.
18. La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas.
19. La revisión y atención de emergencias y afectaciones viales, y las obras de infraestructura que no pueden suspenderse.
20. La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.
(...)"

e. Decreto 593 del 24 de abril de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

f. Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

g. Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 *"Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional".*

h. Decreto 689 del 22 de mayo de 2020 *"Por el cual se prorroga la vigencia del Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 «por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

i. Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

j. Decreto 878 del 25 de junio de 2020 *"Por el cual se modifica y prorroga la vigencia del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020* "*Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público*", *modificado por el Decreto 847 del 14 de junio de 2020".*

k. Decreto 990 del 9 de julio de 2020 "*Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus CQVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

Documento firmado digitalmente

GTEC

l. Decreto 1076 del 28 de julio de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus CQVID-19, y el mantenimiento del orden público".*

m. Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID - 19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable".*

n. Decreto 1297 del 29 de septiembre de 2020 *"Por el cual se prorroga la vigencia de Decreto 1168 de 25 de agosto de 2020 "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID - 19, y el mantenimiento del orden público y se decreta el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable".*

Siguiendo la línea cronológica que se trae, el Despacho evidencia que la declaración del COVID-19 como pandemia y sus consecuentes restricciones fueron muy anteriores a la firma del Otrosí No. 002, lo que ya *per se* genera que el mismo adolezca de imprevisibilidad respecto del Contrato de Concesión.

Adicionalmente, y en lo que tiene que ver con el incremento del dólar, consultada la página web del Banco de la República de Colombia, se observa que, desde el 1 de marzo de 2020 al 30 de septiembre del mismo año, la TRM del dólar ha resultado sumamente volátil, encontrando que por ejemplo, el 1 de marzo se ubicó en $3.539,86 pesos, el 20 de marzo en 4.153,91 pesos, el 30 de marzo en $4.042,80 pesos, el 30 de abril en $3.983,29, el 18 de mayo en $3.926,06 pesos, el 31 de mayo en $3.718,82 pesos, el 30 de junio en $3.758,91 pesos, el 30 de julio en $3.716,89 pesos, el 30 de agosto en $3.760,38 pesos y el 30 de septiembre en 3.878,94[6].

Así las cosas, con meridiana claridad solar el Despacho observa que si bien el COVID-19, *a priori*, resultó un hecho externo, irresistible e imprevisible para el mundo entero, este no tiene el alcance que pretende el Apoderado, toda vez que frente a la ejecución del plan de inversiones a ejecutar en el año 2020, cuyo incumplimiento hoy se reprocha, no estructura las características del eximente de responsabilidad, pues si bien generó variaciones de cara a la ejecución del proyecto, no puede dejarse de lado que el plan de inversiones fue acordado por las Partes mucho después de la aparición del COVID-19 y el inicio de sus efectos (30 de septiembre de 2020).

De igual forma, conviene resaltar que si bien se ha presentado una alteración respecto de las condiciones económicas del mercado que influyen directamente en el plan de inversiones, tal situación debe aprehenderse de conformidad con la figura contractual de concesión y lo establecido en la cláusula 17 del Contrato, que llevan a la inequívoca conclusión de que es el Concesionario quien debe soportar las consecuencias de los riesgos económicos.

En efecto, de conformidad con el numeral 4, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de concesión son:

> *"Son contratos de concesión los 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 total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas 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*

[6] Datos tomados de la estadística de Tasa Representativa del Mercado (TRM - Peso por dólar) en la página oficial del Banco de la República de Colombia. https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm

Documento firmado digitalmente

GTEC

> *control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, 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".* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

El concepto anterior ha sido ampliamente estudiado por la Corte Constitucional, quien identificó los elementos del contrato de concesión, así:

> *"La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características de la figura, así: (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii**) la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública**; (iii) puede acudirse a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) **el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo**; (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas"*[7]. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo expuesto, es claro que la concesión es el contrato por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación de este a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total.

A raíz de la concesión que confía el Estado a un particular, este último debe soportar los riesgos que se le asignen contractualmente. En este punto, conviene resaltar el siguiente pronunciamiento de la justicia arbitral respecto de la asignación de riesgos en el contrato de concesión portuaria:

> *"En síntesis, en materia de asignación de riesgos el contrato de concesión portuaria sigue el lineamiento que caracteriza todos los contratos de concesión: la ejecución de la obra y/o la prestación del servicio se realizan por cuenta y riesgo del concesionario. Esto significa, principalmente, que **es el contratista quien asume los riesgos inherentes a la actividad que se le encarga, siempre que se trate de aleas previsibles y en la medida en que sea la parte que este en mejores condiciones de gestionar o administrar el riesgo, es decir, quien este en capacidad de adoptar medidas para evitar o mitigar su ocurrencia**. Estos criterios generales permiten establecer en cada caso y según la naturaleza del objeto del contrato, cuáles son las contingencias que puedan afectar el desarrollo del contrato y quien debe asumirlas"*[8]. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Apuntalado lo anterior, es necesario poner de relieve que en el caso sub examine, las Partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad establecieron las condiciones de

[7] Corte Constitucional, C-068 de 2009, Mp Mauricio González Cuervo.

[8] Tribunal arbitral de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura SA Vs Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 16 de febrero de 2022. Arbitros Arturo Solarte Rodriguez, Jose Alejandro Bonivento Fernandez y Alier Eduardo Hernandez Enriquez.

Documento firmado digitalmente

GTEC

ejecución, entre ellas la determinación y asignación de los riesgos. Así, en el Contrato de Concesión No. 003 de 2015 se observa la siguiente distribución de riesgos:

> *"17.1 RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO: A partir de la fecha de suscripción del Contrato,* ***el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato y sus Anexos o que se deriven de la naturaleza de este contrato****. No obstante lo anterior, el concesionario asume el riesgo del estado en que se encuentran las zonas de uso públicos concesionadas y los bienes muebles e inmuebles que lo conforman, sin que pueda alegar su alteración o detrimento por eventos causados con anterioridad a la suscripción del contrato.*
>
> *Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el CONCESIONARIO y consecuentemente el CONCEDENTE no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de los riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren pactados expresamente en el presente contrato.*
> *(…)*
>
> *b.* ***Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la evolución de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar, sin importar si dicha evolución coincide o no con cualquier pre cálculo de las partes conocido o no por su contraparte****.*
>
> *c.* ***Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la evolución de la inflación real del Peso y del Dólar, sin importar si dicha evolución coincide o no con cualquier pre cálculo de las partes conocido o no por su contra parte****.*
>
> *d.* ***Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras, incluido el valor de los equipos, sistemas y programas requeridos de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción y en el Contrato de Concesión.***
> *(…)*
>
> *h. Los efectos, favorables o desfavorables, de la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de cambios en las variables del mercado.*
> *(…)*
>
> *j. Los efectos, favorables o desfavorables, derivadas de las variaciones en la rentabilidad del mercado y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.*
> *(…)*
>
> *n. En general, los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones por parte del* ***CONCESIONARIO*** *necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, las obligaciones contenidas en la licencia ambiental, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros".* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que el acuerdo contractual obedeció a la figura del contrato de concesión, según la cual el Concesionario asumiría los efectos favorables o desfavorables derivados de los riesgos ocasionados en virtud de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar, la evolución de la inflación real

Documento firmado digitalmente

GTEC

del Peso y del Dólar, las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras, incluido el valor de los equipos, sistemas y programas requeridos de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción y en el Contrato de Concesión, entre otros.

De contera, salta a simple vista que desde la identificación y asignación de riesgos del Contrato se previó la posibilidad que dada la divisa en que fue pactado y las condiciones de mercado, se produjera una mayor onerosidad para el Concesionario, con lo cual este último estuvo de acuerdo y asumió dicha situación voluntariamente, sin que en este momento le resulte dable desconocer el alcance de sus compromisos contractuales.

A partir de todo lo expuesto, es claro que si bien el COVID-19 resultó ser una situación que *a priori* pudiera considerarse como un hecho externo, irresistible e imprevisible; para la ejecución del Contrato de Concesión No. 003 de 2015 no resultó imprevisible toda vez que, las modificaciones introducidas en el vínculo a través del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2022 que tienen alcance en las obligaciones que hoy se reprochan, fueron muy posteriores a la aparición de aquel, así como a sus efectos, con lo cual es claro que este no puede estructurarse como un evento eximente de responsabilidad que releve al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones en la medida que, se demostró que uno de los elementos necesarios para su configuración, *la imprevisibilidad,* no se encuentra presente, por lo que no es necesario entrar a analizar el otro elemento, esto es el de la irresistibilidad.

Asimismo, aunque los efectos del COVID-19 produjeron variaciones del mercado de cara a la ejecución del plan de inversiones, que como se anotó no fueron imprevisibles, no debe dejarse de lado que el Concesionario asumió los efectos favorables o desfavorables de los riesgos que hoy alega y que fueron ratificados nuevamente con la firma del Otrosí No. 002[9].

Además, es claro que el COVID-19 y sus efectos, puntualmente el referido al incremento del dólar, no pueden estructurarse como un evento eximente de responsabilidad que releve al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones, ya que las variaciones del mercado como por ejemplo la variación en la TRM, como se anotó líneas atrás, en virtud de la distribución de riesgos, son situaciones que deben ser asumidas por el Concesionario.

Así las cosas, la argumentación vertida por el Apoderado del Concesionario no cuenta con vocación a prosperar, con lo cual es claro que deberá despacharse desfavorablemente.

5.2.3. Reducción de volumen de producción de aceite por la enfermedad de pudrición del cogollo sobre la palma de aceite.

El Apoderado arguye que se reúnen los elementos de fuerza mayor y/o caso fortuito que excusan al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación, toda vez que el proyecto fue concebido principalmente para satisfacer la necesidad del transporte internacional del aceite de palma, lo cual ha variado sustancialmente desde su estructuración, como quiera que la producción de aceite de palma se vio afectada de forma desproporcionada y sin antecedentes con ocasión de la enfermedad de la pudrición de Cogollo, generando que actualmente la preocupación no sea comercializar internacionalmente el aceite en forma competitiva como lo fue en el momento de

[9] En la cláusula decima tercera del Otrosí No. 002 las partes acordaron: "Las cláusulas y condiciones del contrato de concesión portuaria No. 003 de 2015, que no fueron objeto de modificación por el presente Otrosí, conservan plena y total vigencia y validez en los mismos términos del contrato de Concesión Portuaria y su Otrosí No. 1 de 2016.

Documento firmado digitalmente

GTEC

concepción del proyecto, sino en la conservación de los cultivos y el restablecimiento de la producción que está siendo devastada.

En virtud de lo anterior, explica que nadie pretende ocultar que el problema de la enfermedad de los cultivos de palma de aceite por cuenta de la Pudrición de Cogollo, es un fenómeno que se remonta a un par de décadas, y que al momento de concebirse y estructurarse el Proyecto, se analizó el comportamiento histórico y las estadísticas de la enfermedad en la Zona Norte de Colombia para proyectar la producción, dado que de dicha zona y particularmente del Departamento del Magdalena como mayor productor, se extraería el aceite materia de exportación, considerando la calidad del producto y el menor costo de transporte al puerto por la cercanía.

Finalmente, remarca que el impacto que sufre la zona norte del país con esta enfermedad ha generado el cierre de varias extractoras y la devastación de varias zonas de cultivo, poniendo en riesgo el producto base de exportación y de movilidad que se ejerce en el puerto operado por el Concesionario.

Análisis del Despacho

Analizado lo anterior, salta a simple vista que el Apoderado persigue la configuración de la eximente de responsabilidad de fuerza mayor, con base en la imposibilidad de ejecución que a su juicio representa la enfermedad de pudrición de cogollo en la comercialización del aceite de palma.

En ese orden, sea lo primero señalar que, tal como se señaló en el numeral 5.1.1, la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad es un hecho extraño, imprevisible e irresistible y ajeno a la voluntad de las partes, que impide el cumplimiento del contrato. Así, tiene la virtualidad de exonerar o excusar al contratista del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo tanto, resulta esencial determinar que el hecho realmente sea extraño y genere una verdadera imposibilidad en la ejecución o cumplimiento de las obligaciones, y no simplemente una mayor dificultad u onerosidad.

Por tanto, con el fin de verificar la estructuración y el alcance de la situación señalada como eximente de responsabilidad, se impone realizar un repaso sobre el acervo probatorio recaudado en la actuación, así:

- Archivos PDF denominados *"5. SITUACIÓN FITOSANITARIA ENFERMEDAD PC IMPACTO EN PRODUCCION DE AC DE PALMA.pdf"* y *"SITUACIÓN PC ZONA NORTE NOV 20 2021.pdf",* de igual contenido, los cuales comprenden una presentación sobre el estado del PC en la zona norte y el Magdalena, con fecha noviembre de 2021 sin nota de autoría. En dicho documento se indica que: (i) El 10% del área total sembrada en la Zona Norte reporta estar afectada por PC, (ii) La zona norte reporta 11.337 ha afectadas por PC sin eliminar, (iii) El 88% del área afectada por PC se encuentra en el Departamento del Magdalena, (iv) En la Zona Norte se evidencia una drástica disminución del 24% en el fruto procesado en el primer trimestre del año 2021 en comparación con el año 2020, (v) El Magdalena prevé un segundo semestre con menor producción que en años anteriores acorde a lo que se ha ido observando en campo, en la subzona de Codazzi se aprecia una caída hasta septiembre y hace énfasis en la baja Tasa de Extracción Aceite, especialmente en la época de mayor cosecha de Racimos de Fruta Fresca, llegando de forma anual no mayor a 20,5% en comparación al 2020, esto producto de los problemas fitosanitarios que enfrenta la Zona.

- Archivo PDF denominado *"INFORME GIRA ZONA NORTE MESA PC JD 20211108.pdf",* el cual contiene un informe de visita técnica al Departamento del Magdalena del 8 al 10 de noviembre de 2021 elaborado por CENIPALMA, en el

Documento firmado digitalmente

GTEC

cual se indica entre otros que: (i) La crisis de la Zona Norte no es solamente por PC, sino que se ha agudizado por el factor humano y por la toma de decisiones. En la zona se pudieron evidenciar plantaciones bien manejadas, con riego, fertilización y buen manejo agronómico que aún se encuentran sanas. (ii) En la Zona Norte Cenipalma ha realizado una gran labor y no solamente en este momento coyuntural sino a lo largo del tiempo, lo que ha permitido a los productores tener herramientas para la prevención, control y mitigación de la enfermedad acorde con los avances de investigación y las condiciones de cada subzona, (iv) En la Zona Norte se destaca el avance en el manejo del híbrido, que es la ventana más apropiada para que esa región pueda realmente recuperarse. Si bien el nivel de devastación durante los últimos años ha sido evidente, existe una esperanza muy clara con los cultivares híbridos y hay una experiencia avanzada en el manejo in situ, (v) Si se le dan las condiciones necesarias a la palma afectada por PC para que se recupere, se puede recuperar, se debe cumplir con el paquete tecnológico para recuperarlas, (vi) En general, la situación en el Magdalena es bastante delicada y requiere de acciones inmediatas que deben ser discutidas de manera urgente. La presencia de la PC abarca la mayor parte de las 40.000 hectáreas sembradas en la región.

- Prueba pericial contenida en los archivos PDF denominados *"DAABON 2022 informe revisado y firmado", "RESPUESTA ANI.pdf", "CÁMARA Y COMERCIO DE CENIPALMA 07-05-22.pdf"*, y *"Resolución 1538-2019 reconocimiento de Colciencias.pdf",* elaborada en el mes de marzo del 2022, en la cual se concluye, entre otros, que: (i) La Pudrición del cogollo es el problema fitosanitario más limitante del cultivo de la palma de aceite en América. En Colombia, se presenta en las cuatro zonas palmeras del país, (ii) Las epidemias más destacadas se presentaron en Turbo, Antioquia, al norte del país, en la década de los años 60, en la Zona Oriental a finales de los años 80, en la Zona Suroccidental, específicamente el municipio de Tumaco fue afectado de manera letal a partir de 2006. En 2007 se registró la epidemia de manera crítica en el municipio de Puerto Wilches, Santander (Zona Central), (iii) La Zona Norte del País, tiene cultivos de palma de aceite en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Bolívar, Cesar (Sector Norte), Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre, en 80 municipios en un área de 111.781 hectáreas, aproximadamente. De las cuales en producción se encuentran 100.335 ha y en desarrollo 11.446 ha. Lo que representa un 22% del área total del país, (iv) En los últimos 11 años, el departamento del Magdalena paso de tener 949.710 casos de PC, que representan 6.641 ha, con una incidencia acumulada de 6,2% a tener 1´527.003 casos de PC que equivalen a 10.678 ha y una incidencia acumulada de 24,8%, a nivel departamental, (v) La producción de aceite de palma por cuenta de los cultivos afectados por la PC pasó de 421.911 toneladas en el años 2018, a 326.440 en el 2020, (vi) La proyección de producción potencial de aceite de palma crudo en la zona norte a 2016 fue de 304.859 toneladas, a 2020 de 326.440 toneladas, a 2022 de 408.932 toneladas, a 2025 de 414.707 toneladas, a 2027 de 421.307 toneladas y a 2030 de 431.207 toneladas.

Analizados los anteriores elementos de prueba, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente: (i) La enfermedad de pudrición de cogollo en los cultivos de palma no es una novedad, las epidemias más destacadas por la enfermedad se presentaron en Turbo, Antioquia, al norte del país, en la década de los años 60, en la Zona Oriental a finales de los años 80, en la Zona Suroccidental, específicamente el municipio de Tumaco fue afectado a partir de 2006. En 2007 se registró la epidemia de manera crítica en el municipio de Puerto Wilches, Santander (Zona Central). (ii) Efectivamente se ha presentado una variación importante en el cultivo de palma de aceite en la zona norte del país producto del aumento de casos de la enfermedad de Pudrición del Cogollo, (iii) Si se le dan las condiciones necesarias a la palma afectada por la Pudrición del Cogollo para que se recupere, se puede recuperar, cumpliendo con el paquete tecnológico para

Documento firmado digitalmente

recuperarlas, (iv) La disminución en la producción de aceite producto de la Pudrición del Cogollo se observa con mayor impacto desde el año 2019 y se proyecta un incremento paulatino desde el año 2022.

Ahora bien, el Despacho evidencia que, sumado a lo anterior, dentro de las pruebas testimoniales obra la declaración del señor Juan Carlos Lara González de la cual conviene destacar lo siguiente:

> ***"Apoderado del Concesionario:*** *En primer lugar, ¿podría usted indicarnos o relatarnos cuál ha sido el comportamiento histórico del fenómeno de pudrición de cogollo de palma africana en el departamento del Magdalena? referido a décadas hace no sé 2, 3, ¿desde cuándo se haya podido presentar?*
>
> ***Testigo:*** *El tema de la pudrición de cogollo es una enfermedad que ha sido bastante, digamos crítica y complicada a nivel nacional. El país, Colombia está dividido en cuatro zonas geográficas productoras de Palma, zona norte, que es en la que estamos ubicados actualmente, zona central, que como para que nos ubiquemos es el área específica de Puerto Wilches, como para que estemos ubicados, los Llanos orientales con una gran cantidad de Palma, de área, y la zona suroccidental que es la zona de Tumaco. En las 4 zonas se presentó la problemática de la pudrición de cogollo, la primera que se presentó fue en el área de Tumaco hacia el año 2007 y ahí se presentaron pérdidas de 35.000 hectáreas totalmente arrasadas y devastadas; hoy en día Tumaco de las 35.000, 37.000 hectáreas que perdió tienen 17.000 en producción y pues, ha sido un proceso digamos lento. Los Llanos orientales tienen una dinámica diferente, donde se le ha dado Pudrición del cogollo pero digamos que ellos por ser grandes extensiones, digamos que le han dado un manejo diferencial y la Palma pues permiten que se mueran pero van recuperando con Las Palmas que van sembrando. La zona central, Puerto Wilches, se perdieron 35.000 hectáreas, hoy en día hay más o menos 19.000 hectáreas ya recuperadas, pero también con una devastación grande; ahí fue como le dije yo al doctor Durán ahora, yo llegué en el año 2010 trabajando con la Federación, que la zona norte digamos era la que no se le había presentado esa problemática y, como no se le había presentado esa problemática queríamos cómo aprender de las experiencias de las otras zonas, yo llegué como coordinador de manejo fitosanitario para tratar esa dinámica de esa enfermedad, que sabíamos tarde o temprano nos iba a llegar, pues no nos diese tan duro; entonces cuando yo llegó en el año 2010 ya habían reportes de casos, Alfredo para responder a tu pregunta y ser más claro desde el 2010 ya habían casos lo que pasa es que no tenían una dinámica o una explosión epidémica muy alta, habían casos, digamos que la curva de la enfermedad del 2010, 2014 hasta el 2016 presentó unas tasas de crecimiento muy bajas en las cuales no estaban ni siquiera al 0.1% de incidencia o sea cuando miramos esos son incidencias muy bajas, casos puntuales. A raíz de eso, en el 2018 se empiezan a presentar, digamos que un cambio en esa curva de desarrollo de la enfermedad, que pasa a estar muy extendida con un crecimiento digamos muy muy controlado a presentar una explosión epidémica de la enfermedad y del 2018 hacía acá fue donde se ha presentado digamos el mayor crecimiento de la enfermedad. En el Magdalena, específicamente para responder a tu pregunta, nosotros tenemos más o menos el 42% de la Palma sembrada en la zona norte y hemos llegado hasta digamos cifras de enero de este año a tener ya 1.700.000 casos de pudrición de cogollo. Si nosotros hacemos esa relación, pues son las incidencias ya que son altas, son incidencias que están ya casi en el 40% de todo lo que es la zona y pues, eso ha generado una problemática bastante grande con productores que, pues prácticamente cuando uno habla de incidencias que pueden llegar hasta el 40% en una zona, pues, hay*

Documento firmado digitalmente

GTEC

plantaciones donde ya está el ciento por ciento totalmente devastadas, entonces con plantaciones y productores que prácticamente salieron del mercado y dejaron de ser productores. Eso es digamos como siendo muy conciso la realidad y como el histórico general de la zona como tal.

Apoderado del Concesionario: *Gracias señor Juan. A partir de las experiencias que nos ha narrado que sucedieron en Tumaco y en Llanos orientales, ¿para lo que es la región norte y particularmente el departamento del Magdalena, se adoptaron algún tipo de medidas de prevención, de protocolos de manejo qué se hacía para eventualmente evitar que algo sucediera en esta zona?*

Testigo: *Mira, precisamente uno de los primeros temas que se hicieron fue la llegada mía en el 2010, como coordinador de manejo fitosanitario de la Federación, ahí la idea era integrar el trabajo de 13 extractoras, de 13 plantas extractoras o núcleos palmeros como los llaman en la Federación, la idea era integrar y mirar los protocolos de manejo, las experiencias positivas y negativas que se habían tenido en las otras zonas y mirar como implementábamos todo eso acá, para que la enfermedad no nos fuese a llegar, pues sabíamos que nos iba a llegar, pero no fuese a tener un desarrollo epidemiológico tan agresivo como lo que tuvo en Tumaco o en Puerto Wilches. Ahí se empezaron a hacer trabajos diferenciales, se empezaron a hacer trabajos donde se unificaron criterios de manejo, donde las 13 extractoras de la zona norte no deberían pensar cada una por sus intereses comerciales sino mirar cómo unificadamente se empezaba a trabajar; pensábamos que las condiciones climáticas de la costa norte iban a afectar mucho el patógeno, ustedes saben que nosotros acá estamos básicamente influenciados por un período de tiempo muy seco, a diferencia de por ejemplo Tumaco que tiene una pluviometría muy alta, la zona central que caen en el año más de 2.500, 2.800 mm de precipitación, mientras que la Costa, acá no tiene precipitaciones, que pueden estar entre las 1.600 y los 1.800 mm y muy, muy concentrados en determinadas épocas del año. Entonces, basándonos en todas esas experiencias con la Federación, con apoyo del Gobierno central, pues empezaron a hacer unos trabajos donde debíamos entrar a mejorar algunas cosas, uno de los primeros trabajos que se mejoraron, bueno en las épocas de invierno hay encharcamientos tenemos que mejorar los sistemas de drenaje, porque pues creemos que durante el verano la pudrición del cogollo no nos va a afectar. Entonces hicimos unos trabajos enfocados a lo que veíamos que nos podía afectar y lastimosamente, digamos que ya después del 2018 para acá, pues porque los primeros años, pues es como cuando el tema de COVID, con la pandemia pues no nos va a llegar, pero cuando nos llegó, ustedes vieron que nos aislamos, nos encerramos, pero terminó lastimosamente una gran cantidad de la gente enferma, lo mismo pasó con la Pudrición del Cogollo, del 2018 hacia acá la enfermedad avanzaba, avanzaba, no se lograba contener a pesar de todos los esfuerzos que se hacían, se comenzaron a hacer unas erradicaciones puntuales de áreas para tratar de bajar la población del inóculo, tratar de bajar la concentración de patógeno para que no nos afectará mucho y lastimosamente del 2018 hacia acá no se pudo contener. ¿Qué ha pasado? la gente ha aunado esfuerzos, pero no ha sido posible, en todas fue una enfermedad que se nos salió en la mano, yo lo quiero comparar porque ustedes recuerdan que llegó el COVID y hablamos de COVID y después hablaron de la variante OMICRON y después las otras variantes y el patógeno ha mutado. Resulta que hacia el 2020, Cenipalma hizo un trabajo de investigación, sí que fue publicado en, precisamente en el 2020, en una revista que se llama phitopathology, donde hizo un estudio de los diferentes patógenos, pues de las diferentes, llamarlo así, muestras o sepas de*

Documento firmado digitalmente

GTEC

pudrición de cogollo. La Pudrición del cogollo la ocasiona un hongo que se llama phytophthora palmivora, entonces agarraron ese phytophthora palmivora de acá de la zona norte, agarraron el phytophthora palmivora de la zona central, de Tumaco y de los Llanos orientales y resultó que eran cuatro phytophthoras palmivoras totalmente diferentes y con una agresividad muy alta del phytophthora palmivora de la zona norte; lastimosamente, el patógeno, no sé si nos mutó o el que llegó aquí pues era con condiciones diferentes pero nos hizo replantear mucho el tema del manejo, esperábamos que el verano le iba a dar duro, que por las condiciones de sequía el patógeno iba a bajar su población pero continuó su desarrollo común y corriente. Entonces eso nos hizo cambiar mucho el panorama y ver que era un patógeno, pues era el mismo phytophthora, pero mucho más agresivo que el que se presentaba en las otras zonas.

Apoderado del Concesionario: *De acuerdo con esa información que nos viene suministrando, ¿cuándo se lograron tener los resultados de los estudios científicos para determinar que esa sepa podía haber presentado otras variables que fueran más agresivas?*

Testigo: *Eso fue en el 2020, o sea ya digamos que, al ver, como les decía que en el 2018 se empezaron a disparar las incidencias, pues Cenipalma se tocó un poquito en el grupo de investigación a mirar a ver bueno, ¿qué podemos hacer? porque vemos que esto no para, analicemos, miremos por temas de ADN, hagamos unos estudios específicos para ver ¿qué tan diferentes son esos patógenos o será que nos estamos enfrentando a algo totalmente diferente?, entonces esos estudios empezaron digamos que desde 2017, 2018, pero hacia el 2020 fue que salieron publicadas las investigaciones diciendo de que sí, era el mismo patógeno pero con una agresividad o una patogenicidad mucho mayor, que los homólogos que se tenían en las otras zonas productoras de Palma en el país.*
(…)

Apoderado del Concesionario: *Sí, conforme a la evolución que ha tenido el problema del fenómeno de pudrición del cogollo que nos ha venido ilustrando en las respuestas podría indicarme y precisarnos ¿qué condiciones se presentaban para el último trimestre de 2020 y de ahí en adelante?, es decir, ¿en qué condiciones estaba, qué magnitud era el problema?*

Testigo: *Mira lo que pasa es que, al tener uno 11.000 hectáreas digamos afectadas por pudrición de cogollo, esas 11.000 hectáreas, específicamente en el Magdalena no, lo quiero concentrar el tema en el Magdalena, porque a pesar de que en César y en otros departamentos también hay incidencias, pero digamos donde más ha golpeado es el Magdalena, cuando uno tiene 11.000 hectáreas abajo, ya totalmente pérdidas, pues eso afecta el tema de la producción de aceite, si ya más o menos uno puede tener un potencial hasta de 5 toneladas de aceite por hectárea de Palma, estamos hablando de 55.000 toneladas de aceite menos, que se van a producir en la zona, entonces cuando empieza uno a mirar los números y los reportes que muestra Cenipalma y Fedepalma a través de sus, digamos estudios por el Fondo de Fomento Palmero y estabilización de precios, o sea los reportes que hacen todos los palmeros, uno no veía esa caída. ¿Por qué no se veía esa caída? porque se estaba entrando a buscar aceites, en este caso la materia prima que es Palma, fruto de Palma, en otras zonas, entonces entraron zonas productoras como Córdoba inclusive ha entrado Urabá, se ha entrado en la zona central, la zona de Tibú, porque las 13 extractoras que les mencioné necesitaban suplir su materia prima para producir; entonces cuando uno mira y cuantifica eso, pues les decía yo ahora, han habido productores que han*

Documento firmado digitalmente

GTEC

salido del negocio, pero las extractoras se estaban sosteniendo digamos en las producciones de aceite; por eso entonces uno decía pero no sé, no tiene como relación la disminución en el área con la cantidad de aceite que se producía, pero era por eso porque salimos a buscar aceite a otras zonas. Eso del 2018 hacia acá se fue marcando, pero donde más se ha empezado a marcar ha sido del 2020 y 2021 ¿por qué? porque es que a eso había que sumarle también el tema de la pandemia. Lastimosamente a pesar de que el Gobierno nacional, digamos el sector del agro tenía, digamos unas condiciones especiales para que no se parará la producción, pues fue innegable que muchas plantaciones pararon, ¿por qué? porque se empezaron a presentar casos de trabajadores enfermos, extractoras con personal enfermo, entonces eso generó de que pues ya no se podía salir a buscar tampoco mucho aceite a otras zonas y ha generado que en la zona hay una escasez, si hoy en día nos vamos a marzo del 2022, esta era una época en que nosotros teníamos unas muy buenas producciones, donde las extractoras estaban full de fruta para producir aceite y lastimosamente vemos que sí estamos trabajando con una capacidad normal, porque hemos continuado trayendo fruta de otros lados, pero nuestros cultivos en la realidad siguen todos los días enfermándose más y más, el año pasado el Gobierno generó unas partidas por más de 4.000 millones de pesos del Ministerio y del ICA para erradicación de Palma y este año a pesar de que ustedes saben que es un año donde hay elecciones, donde hay muchas restricciones en estos presupuestos, se logró que el Gobierno nos apoyará con otros 4.000 millones de pesos más, para continuar las erradicaciones de esas áreas, que como les decía ahorita, están ya devastadas por la Pudrición del cogollo. Ha habido un fenómeno, y el fenómeno es que muchos de los productores de Palma han migrado a otros cultivos, han migrado a unos cultivos transitorios pues que les hagan un retorno mucho más rápido que la Palma; la Palma ustedes saben que es un cultivo perenne que si yo las siembro hoy, me demoro 4 años para empezar a cortar la primera fruta, entonces mucha gente pues no tiene de pronto ese músculo para esperar 4 años mientras se da una producción, entonces han migrado a cultivos como el arroz, han migrado a cultivos como el banano y desde la Federación, yo hago parte de la Junta directiva de Cenipalma también, hemos mirado ¿cómo vamos a poder incentivar eso? porque esta es una zona que necesitamos recuperar y, entonces Alfredo ha sido una situación crítica que nos ha golpeado desde el 2018, empezó a golpear, pero 2020, aunado con la pandemia, fue totalmente crítico.
(…)

Apoderado del Concesionario: *Correcto, de acuerdo a lo que ha venido narrando, ¿la situación especial que se dio con las características nuevas del patógeno y afectó la región norte y particularmente con mayor énfasis en el departamento del Magdalena, era algo que se conocía o solamente se vino a conocer a partir de los estudios científicos adelantados por Cenipalma y que nos indica concluyeron en el 2020?*

Testigo: *No, realmente yo llegué acá porque la problemática ya digamos había afectado a otras zonas, eso es una realidad que la Pudrición del cogollo ha estado en Colombia hace muchísimos años, una de las primeras plantaciones que se afectó fue en el Urabá hace más de 40 años, que devastaron toda esa zona, pero lo de Urabá era como 3.000 hectáreas, cuando era muy incipiente el negocio de la palma, después estuvo Tumaco, estuvo los Llanos, o sea ese es un tema que se ha conocido, pero digamos la zona norte por las condiciones específicas que tenía de clima y de condiciones agro climáticas distintas, hacían prever que iba a ser distinto. De hecho hoy en día en Colombia, pues con esto que yo les estoy narrando, pues*

Documento firmado digitalmente

GTEC

uno diría bueno entonces la Pudrición del Cogollo es una limitante y no vamos a poder seguir cultivando palma porque tarde o temprano la Pudrición del Cogollo nos va a arrasar, no, ya hoy en día si ustedes miran, lo que yo les decía al principio de mis comentarios, Tumaco pues ya tiene 17.000 hectáreas, Puerto Wilches tiene 19.000 hectáreas, se han ido digamos recuperando, la dinámica se ha ido continuando, las labores que se hacían para el tema de Pudrición del Cogollo, pues el conocimiento del patógeno que se ha ido obteniendo por parte de la Cenipalma nos han llevado a que hay que darle un manejo diferente, es como si yo les digo a ustedes el COVID está superado, uno dice no, pero ya hemos ido aprendiendo a convivir con él; entonces eso es lo que está pasando ahorita con la Pudrición del Cogollo, lastimosamente es el símil ideal, sinceramente se los digo, es COVID y Pudrición del Cogollo; con Pudrición del Cogollo nos está pasando lo mismo, hemos ido aprendiendo a convivir pero esto es un tema de todos los días ir aprendiendo, todos los días ir mirando una cosa distinta, lastimosamente lo que pasa es que en el 2020 a nosotros nos cambió el chip cuando nos dijeron es el mismo patógeno pero mucho más agresivo, entonces el tema de drenajes que están haciendo no es suficiente, el tema de fertilización que están haciendo no es suficiente y entonces lo hemos ido mezclando hoy en día con, caso que se presenta caso que erradicamos, antes no, antes le hacíamos hasta 3 cirugías a una palma tratando de recuperarla por Pudrición del Cogollo, ya hoy en día sabemos que no, si no se va a recuperar eliminémosla que esa palma si la eliminamos se pierde la capacidad de que me enferme otras 20. Entonces son cosas que nos han ido llevando a ir conociendo el patógeno mucho más día a día, pero lastimosamente para este caso específico del Magdalena como tal, nos cogió aprendiendo.

Apoderado del Concesionario: *De acuerdo con esa respuesta ¿era posible o no era posible prever que se diera una nueva cepa, un nuevo patógeno, mucho más agresivo que fue el que vino a afectar los cultivos en el Magdalena?*

Testigo: *No porque nos dimos cuenta fue en el 2020, pensamos, siempre pensamos que era el mismo patógeno y, te digo hoy en día no sabemos si de pronto pueda salir otro que, Dios no quiera, pero que de pronto también me termina afectando el híbrido; en el tema de las enfermedades, es muy complicado yo soy especialista en temas de enfermedades, fitopatólogo y nosotros como organismo nos demoramos muchísimos años para una pequeña mutación o para uno acomodarse a cualquier condición ambiental, los microorganismos en cuestión de décadas se pueden mutar o se pueden adaptar a las condiciones y tienen una ventaja muy grande comparativamente con nosotros. Entonces si tú me preguntas ¿era predecible? pues sabíamos de la existencia, pero que iba a ser un patógeno más agresivo, eso no lo sabía nadie, y como te digo ahorita estamos haciendo unas renovaciones muy fuertes con híbrido, las campañas de la Federación están enfocadas al tema del híbrido, pero nadie dice que de pronto al híbrido le llegue una enfermedad totalmente diferente que de pronto le dé más duro, esto es un tema en el que todos los días estamos aprendiendo totalmente.*

Apoderado del Concesionario: *Correcto, de acuerdo a su conocimiento y experiencia ¿qué porcentaje de cultivo se afectaron a partir de este fenómeno en el Magdalena?*

Testigo: *Nosotros, como te digo llegamos a tener el 42% de cultivos afectados en el Magdalena, de las 110.000 hectáreas que tiene la región como tal, 65.000 eran del Magdalena y el 42% llegaron a estar afectadas y se*

Documento firmado digitalmente

GTEC

perdieron 11.000 hectáreas; entonces, ahí está resumido el impacto de la enfermedad.

Apoderado del Concesionario: *Para todo este fenómeno entonces, ¿la solución, de acuerdo a lo que ha dicho, es la resiembra con la semilla esta híbrida?*

Testigo: *El material resistente, sí sembrar un material guineensis como les dije acá en el Magdalena es, es una locura, aquí lo que hay que hacer es sembrar materiales resistentes, vuelvo y te digo yo soy miembro de la junta Cenipalma, hay unos trabajos, la salida es el mejoramiento genético, ya hay unos materiales de unos clones con resistencia a la Pudrición del Cogollo, que se está haciendo ese trabajo; entonces el tema es genético, es mirar también, nosotros vamos a iniciar unas pruebas este año, que son las pruebas de evaluación agronómica con esos materiales de clones con resistencia a Pudrición del Cogollo, pero se evalúa en Tumaco y son condiciones diferentes a las que tenemos en la Costa Norte, entonces hay que evaluarlos también acá en la Costa Norte para ver si son resistentes, pero son trabajos que en el mejor de los casos se demoran de 8 a 12 años.*

Apoderado del Concesionario: *Correcto, entonces, de acuerdo a la solución definitiva concebida de acuerdo a la literatura científica actual, es la resiembra la que hay que hacer con la semilla está híbrida, pero ¿cuánto tiempo implica para salir a producciones una vez sembrada esta semilla?*

Testigo: *En condiciones normales uno habla de 3 a 4 años, se han hecho unos trabajos por Cenipalma donde 2 años y medio ya han logrado empezar las primeras producciones pero son producciones muy bajitas, de 2, 3 toneladas 4 toneladas de racimos de fruta fresca por hectárea, entonces eso ha llevado a mejorar las condiciones, el híbrido es muy exigente en temas de nutrición, ósea fertilización, es muy exigente en temas de agua, hay que regarlo muy bien, hay que drenarlo muy bien, pero todo eso nos ha llevado a que se investigue, se trabaje, se busquen soluciones y a mejorar mucho la parte agronómica de los cultivos como tal, pero el camino es ese, el camino es ese y quién quiera seguir en el cultivo de la palma tiene que mirar la alternativa genética de siembra con materiales resistentes a la pudrición del cogollo."*

De lo expuesto en el testimonio de Juan Carlos Lara González el Despacho extrae lo siguiente: (i) La enfermedad de pudrición del cogollo ha estado en Colombia y fue detectada desde hace más de 40 años, (ii) La enfermedad de la pudrición de Cogollo en la zona norte para los años 2010, 2014 hasta el 2016 presentó unas tasas de crecimiento muy bajas; no obstante, desde el año 2018 se presentó una explosión epidémica de la enfermedad resultando crítica, (iii) El patógeno de la zona norte a partir de estudios, resultó más agresivo que los que han afectado las demás zonas del país, lo cual fue descubierto en el año 2020, (iv) El fruto de palma para la producción en el departamento del Magdalena ha sido suplido por producciones de otras zonas, (v) Si bien la enfermedad de pudrición de cogollo ha resultado crítica en la zona norte, se prevé la superación de la misma a partir de manejos como la resiembra de semillas hibridas y otros que se vayan descubriendo a partir del estudio de la enfermedad, y (v) La producción de aceite de palma a partir de una semilla hibrida ha iniciado desde los dos años y medio.

En este punto, cabe recordar que el eximente de responsabilidad alegado por el Concesionario debe ser un hecho extraño, imprevisible e irresistible y ajeno a la voluntad de las partes, que impide el cumplimiento del contrato.

Documento firmado digitalmente

GTEC

Siguiendo esa línea, el Despacho observa que, de conformidad con los elementos de prueba aportados por el Concesionario resulta dable establecer que la enfermedad de pudrición de cogollo ha afectado fuertemente las plantaciones de palma en la zona norte del país. Sin embargo, con meridiana claridad se advierte que dicha situación adolece de la condición de imprevisibilidad, toda vez que no se constituye en una novedad no solo frente al Contrato, sino frente al país, como quiera que, tanto del dictamen pericial aportado como del testimonio de Juan Carlos Lara, se establece que la misma fue identificada en Colombia desde hace más de 40 años, así como que dicha enfermedad ya había sido catalogada como epidemia crítica en otras zonas de producción. Sumado a lo anterior, es necesario resaltar que dicha enfermedad desde el año 2018 fue catalogada como epidémica en la zona norte, esto es, casi con dos años de anterioridad al Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020.

En ese orden, es claro que la enfermedad de pudrición de cogollo alegada por el Concesionario carece del elemento de imprevisibilidad que demanda el eximente de responsabilidad invocado.

En la misma dirección, cabe recordar que el hecho constitutivo de fuerza mayor debe impedir la ejecución del Contrato, con lo cual se torna imperioso resaltar que la enfermedad de pudrición de cogollo no guarda relación directa con la obligación reprochada como incumplida, teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión se encuentra en fase de construcción, por tanto, para el año 2020 la ejecución del plan de inversiones implicaba la compra y fabricación de obras civiles, sin que se avizore tan siquiera una ínfima correlación con la enfermedad de pudrición de cogollo, tal como se lee del oficio ANI 20213030072791 del 12 de marzo de 2021:

> *"De otra parte y en referencia a lo indicado en el plan de inversiones aprobado en el Otrosí No. 2 de 2020, se tiene que para el año 2020 se tenían proyectadas inversiones por cerca de USD$ 3.186.389 constantes de diciembre de 2015 que corresponden a actividades denominadas como "Preliminares y Compras" tanto en Obras civiles como en equipos, las cuales se describen a mayor detalle en el modelo financiero soporte del mencionado Otrosí No. 2 de 2020; y de acuerdo con lo reportado por el concesionario en los informes de inversiones semestral para el segundo semestre del 2020 radicado No. 20214090034942 del 14 de enero de 2021, el concesionario no reportó la ejecución de tales inversiones, lo que evidencia un presunto incumplimiento contractual, por lo que la entidad iniciará las actuaciones correspondientes.*
>
> *De lo anterior, tenemos que es obligación del concesionario dar cumplimiento a las actividades aprobadas en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 2 del 30 de septiembre de 2020, correspondiente al Plan de Inversiones que incluyen actividades que en su mayoría y de acuerdo con el detalle de estas hace referencia a la Compra y fabricación de las obras civiles y equipos de los ítems a desarrollar durante la vigencia 2020. Tal como se muestra a continuación:*

Actividad	Comienzo	Fin	Costo	Tipo
TOTAL	**01-oct-20**	**30-abr-22**	**$13,326,731**	-
Preliminares & Compras	**01-oct-20**	**31-may-21**	**$6,637,431**	-
1020 Compa Pilotes 16-18 semanas	01-oct-20	31-dic-20	$2,842,431	OC
1030 Compra Defensas 12-18 semanas	01-dic-20	31-mar-21	$235,000	OC
1045 Compra Instalaciones Mecanicas & Equipos	01-dic-20	31-mar-21	$405,000	EQ
1050 Fabricacion Pasarelas de Aluminio	01-nov-20	31-dic-20	$180,000	OC
1055 Fabricacion Fabricados Pretensados	01-ene-21	30-abr-21	$2,150,000	OC
1060 Aprobacion de Submittals	01-mar-21	30-abr-21	$465,000	OC
1070 Movilizacion	01-abr-21	31-may-21	$360,000	OC
Trestle	**01-abr-21**	**31-ago-21**	**$2,423,000**	-

Documento firmado digitalmente

GTEC

> *Vale precisar que en el modelo financiero del Otrosí No.2 de 2020, los ingresos por operación proyectados se derivan de las actividades de muellaje, uso de instalaciones a la carga (por el tipo de carga a movilizar) y uso de instalaciones al operador, y cuyo comportamiento esperado en dólares constantes de diciembre de 2015, evidenciando igualmente que se proyectó empezar a recibir ingresos por movimiento de carga* ***después de terminar las inversiones en el año 2022".***

Apuntalado lo anterior, el Despacho observa que el modelo financiero adoptado a través del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 no solo incorpora como tipo de carga el aceite de palma sino además hidrocarburos y/o combustibles derivados del petróleo, tal como se lee del referido oficio, así:

> *"(...) teniendo en cuenta que el modelo financiero que dio origen al Otrosí No. 2 de 2020, evidencia que: el concesionario debe estar en la etapa de ejecución del Plan de Inversión el cual proporcionara la infraestructura para garantizar la operación del Terminal Portuario,* ***el modelo financiero no solo incorpora como tipo de carga el aceite de palma sino además hidrocarburos****, la contraprestación portuaria está asociada a un componente variable asociado a la movilización de carga. (...)".* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De otro lado, resulta imperioso señalar que las situaciones expuestas por el Concesionario en este apartado hacen referencia a la operación de la terminal portuaria, por tanto, no resulta de recibo ningún tipo de argumentación respecto de que la enfermedad de pudrición del cogollo afecta su operación, máxime si se toma en cuenta que por la omisión en el deber de sus obligaciones de ejecutar el plan de inversiones, es que el Concesionario no ha podido iniciar la operación, toda vez que una inversión de cero (0) dólares es precisamente la causa de la imposibilidad.

En este punto, es pertinente resaltar que para el caso resulta aplicable el principio de *"Nemo auditur proprium turpitudinem allegans" (Nadie puede alegar su propia culpa en su favor),* el cual fue desarrollado por la Corte Constitucional tal como se puede ver en los siguientes extractos:

> *"Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma". (...)*[10]

> *"... No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe".*[11]

[10] Corte Constitucional, Sentencia T122 de 2017, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

[11] Corte Constitucional Sentencia No. C-083 del 01 de marzo de 1995

Documento firmado digitalmente

GTEC

De contera es evidente para esta Gerencia que, si bien es cierto la pudrición del cogollo implica una alteración en la producción de palma de aceite, no es menos cierto que por lo ya expuesto, esto es, que no es una situación imprevisible, y que el puerto no estaba diseñado únicamente para carga de aceite de palma, aunado a que la disminución de ese tipo de carga, por la referida enfermedad, termina en últimas siendo un riesgo comercial, el cual está a cargo del Concesionario, dicha situación no ostenta la virtualidad para excusar el incumplimiento de la obligación reprochada por parte del Concesionario, razón por la cual el Despacho evacuará desfavorablemente lo argüido por el profesional del derecho frente al particular.

5.2.4 Problemas de la cadena de suministro a nivel mundial, bloqueos en puertos e incremento de tarifas.

El Apoderado afirma que en el caso bajo estudio se configura una fuerza mayor y/o caso fortuito que excusa al Concesionario de dar cumplimiento a la obligación, toda vez que los problemas en la movilidad internacional de carga producto del bloqueo del Canal de Suez, sumado a los problemas de la cadena de suministro a nivel mundial y el incremento de tarifas, resultan ajenos la voluntad y previsión del Concesionario y han impedido la ejecución del Contrato.

Además, añade que los efectos del COVID-19 han sometido el mercado de los portacontenedores en el último año a una enorme presión a nivel mundial y a una demanda reprimida, lo que ha llevado a una difícil y preocupante situación en las entregas, presentándose una congestión portuaria a nivel generalizado, debido entre otros, a la falta de contenedores en los puertos asiáticos, grandes generadores de carga en los mercados internacionales, al represamiento de buques en los puertos y dichas interrupciones se han extendido a las cadenas de suministro en tierra, sumando a esto las largas e interminables filas para esperar una posición de atraque en los muelles, condición que puede durar días inclusive.

También adujo que los puertos se han visto inmersos en cuatro problemas recurrentes: severa escasez de contenedores, lo que ha encarecido los fletes; congestión en los sitios de atraque; la mano de obra; y la capacidad de atención de las líneas de suministro. Dichos factores hicieron que la cadena de activos colapse.

Igualmente, expuso que las líneas navieras han incrementado las tarifas más de 10 veces desde principios del año 2020, lo que ha perjudicado en términos generales a los pequeños importadores que son quienes más han sufrido el embotellamiento en la cadena de suministro, todo lo cual se traduce en retrasos de envíos y elevados fletes. Los grandes desafíos a los que se enfrentan las interrupciones en las cadenas de suministro son principalmente por el aumento de los costos de los fletes, por escasez de las unidades de transporte y los medios para transportarlos.

Finalmente, resaltó que el aumento de las tarifas se aceleró como consecuencia del bloqueo del Canal de Suez en marzo de 2021, lo cual ha generado la pérdida de negocios de movilidad de carga debido a dichos incrementos, asimismo que los fletes sport han batido récord histórico inflacionario. Añade que los buques hoy en día están más tiempo esperando en largas colas por muelles disponibles, y que cada falla del eslabón en la cadena de suministro genera un efecto dominó sacando del juego a las navieras que tienen bienes de valor de bajo costo, vislumbrando en el horizonte condiciones que tienden a empeorar por los retrasos y demoras.

Análisis del Despacho

Documento firmado digitalmente

GTEC

Analizada la argumentación anterior, salta a simple vista que el Concesionario a partir de los problemas de suministro a nivel mundial, los bloqueos en puertos y el incremento de tarifas pretende la configuración de la eximente de responsabilidad de fuerza mayor, con base en la imposibilidad de ejecución que a su juicio representan dichas situaciones.

En ese orden, sea lo primero señalar que, tal como se señaló al desatar los argumentos 5.2.1 y 5.2.2., la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad es un hecho extraño, imprevisible e irresistible y ajeno a la voluntad de las partes, que impide el cumplimiento del contrato. Así, tiene la virtualidad de exonerar o excusar al contratista del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo tanto, resulta esencial determinar que el hecho realmente sea extraño y genere una verdadera imposibilidad en la ejecución o cumplimiento de las obligaciones, y no simplemente una mayor dificultad u onerosidad.

De conformidad con lo anterior, de entrada, se advierte que no obran en el expediente elementos de convicción en torno a acreditar situaciones particulares producto de los problemas en la cadena de suministro a nivel mundial, los bloqueos en puertos y el incremento de tarifas, que hayan impedido la ejecución de las obligaciones por parte del Concesionario. Por el contrario, se advierte en el plenario el memorando ANI 20213030128403 del 22 de septiembre de 2021 en el cual se lee:

> *"El monto contractual que debía ejecutar a diciembre de 2020 correspondería a USD 3.186.398 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 1.806.925.*
> *(…)*
>
> *La imputación financiera de las inversiones a la fecha es cero como se muestra en el siguiente cuadro:*

EJECUTADO AL 31 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2020										
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	0	1	2	3	4	5	6	7		
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022		
	22/09/2015	15/04/2016	1/01/2017	1/01/2018	1/01/2019	1/01/2020	1/01/2021	1/01/2022		
	31/12/2015	31/12/2016	31/12/2017	31/12/2018	31/12/2019	31/12/2020	31/12/2021	31/12/2022	TOTAL CONSTANTES DE DIC DE 2015	VPN NO PER
Obras Civiles	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Trestle	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Desmovilización	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Equipos	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
TOTAL CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**	**0**
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL AL AÑO 1 DE INVERSIONES						**0**				

(…)

Teniendo en cuenta que según el otrosí No. 2 de 2020, el cronograma del plan de inversión establecido del año 2020 se venció el 31 de diciembre de 2020, se realiza la validación de las inversiones pendientes por ejecutar, identificando que no se ha ejecutado ningún valor a la fecha, según la información de los reportes de inversión privada semestral, y que el valor pendiente asciende en VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) a USD 1.806.925 (…)"

Documento firmado digitalmente

GTEC

A partir de lo anterior, es claro que el Concesionario no ha realizado ningún tipo de inversión, por tanto, conviene preguntarse, cómo han afectado los problemas en la cadena de suministro a nivel mundial, los bloqueos en puertos y el incremento de tarifas, la ejecución del plan de inversiones para el año 2020, máxime si se tiene en cuenta que el Concesionario debió realizar la compra y fabricación de obras civiles y no acreditó la celebración de ningún negocio jurídico en aras de dar cumplimiento a sus obligaciones.

La respuesta al interrogante anterior salta a simple vista, pues es claro que la inactividad por parte del Concesionario de cara al cumplimiento de la obligación reprochada no puede excusarse en las situaciones alegadas, toda vez que no se advierte una relación directa entre su falta de inversión y las problemáticas relacionadas con la cadena de suministro a nivel mundial, los bloqueos en puertos y el incremento de tarifas, como quiera que justamente la causa del presunto incumplimiento es la omisión en el cumplimiento del plan de inversiones acordado, pues se reitera, el Concesionario no ha reportado ninguna inversión.

Es por ello que las situaciones expuestas por el Apoderado en este punto, en los cuales se refieren situaciones como: (i) severa escasez de contenedores, lo que ha encarecido los fletes, (ii) congestión en los sitios de atraque, (iii) incremento del costo de la mano de obra, (iv) la menor capacidad de atención de las líneas de suministro, (v) Incremento de tarifas en más de 10 veces desde principios del año 2020, y (vi) bloqueo del Canal de Suez en marzo de 2021; si bien son situaciones que dificultan la operación de las terminales portuarias, en todo caso no merecen ningún tipo de análisis particular para el presente caso, en primer lugar, por cuanto el Contrato de Concesión actualmente se encuentra en fase de construcción, y no de operación, y en segundo lugar, por cuanto aún si alguno de los supuestos antes mencionados, hipotéticamente pudiese tener alguna consecuencia frente a la ejecución del Plan de Inversiones, sin embargo, dicha situación se desdibuja para el caso concreto, pues como ya se mencionó, el Concesionario no ha realizado una sola inversión de cara a la ejecución del plan de inversiones, por lo que el argumento no tiene asidero alguno, en tanto es evidente que si no se iniciaron esas inversiones, no podrían haberse afectado por las situaciones expuestas.

En virtud de todo lo expuesto, es claro que lo argüido por el profesional del Derecho no tiene vocación de prosperar, debiéndose despachar desfavorablemente el argumento.

5.2.5 Hechos paralelos ilustrativos

Adicional a lo expuesto líneas atrás, el Apoderado del Concesionario incluyó una sección denominada hechos paralelos ilustrativos, de los cuales cabe resaltar lo siguiente.

El Apoderado de la Sociedad Concesionaria expuso que la realidad de la concesión inicial en el año 2015 era muy diferente, por lo que considerando la potencialidad del negocio de exportación de aceite de palma, la Sociedad Portuaria de Santa Marta optó por realizar una inversión de 12 mil millones COP en tanques contenedores de aceite con una infraestructura habilitada para la movilización de aproximadamente 176.000 toneladas por año, inversión materializada en el año 2017 en alianza con CI BIOCOSTA. Sin embargo, el fenómeno actual de la baja en la producción por la devastación de cultivos por cuenta de la enfermedad de la Pudrición del Cogollo implicó que, de 175.930 toneladas movilizadas en 2018 disminuyera a octubre de 2021 a la cantidad de

Documento firmado digitalmente

GTEC

53.097 toneladas, haciendo actualmente inviable el negocio. Afirma que dicha realidad llevó a que CI BIOCOSTA fuera admitida a un proceso de restructuración de sus obligaciones con sus acreedores, actualmente en trámite ante la Superintendencia de Sociedades y que la tiene en riesgo de liquidación.

En línea con lo anterior, expresó que la importación de aceite de palma con los proveedores naturales en la región, que son Perú y Ecuador, actualmente resulta cada vez más desventajoso porque ellos soportan gravemente el mismo fenómeno de la enfermedad de la Pudrición de Cogollo, y las condiciones económicas de costos de transporte y aranceles al producto lo hace inviable para ser importado desde Malasia e Indonesia que son los mayores productores en el mundo.

Análisis del Despacho

Analizada la argumentación anterior, salta a simple vista que el Concesionario a partir de las variaciones en las condiciones económicas de la Concesión desde 2015 a 2021, pretende la configuración de la eximente de responsabilidad de fuerza mayor, con base en la imposibilidad de ejecución que a su juicio representan dichas alteraciones.

En ese orden, sea lo primero señalar que, tal como se señaló al analizar los argumentos contenidos en los numerales 5.2.1. y 5.2.2., la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad es un hecho extraño, imprevisible e irresistible y ajeno a la voluntad de las partes, que impide el cumplimiento del contrato. Así, tiene la virtualidad de exonerar o excusar al contratista del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, por lo tanto, resulta esencial determinar que el hecho realmente sea extraño y genere una verdadera imposibilidad en la ejecución o cumplimiento de las obligaciones, y no que sea simplemente una mayor dificultad u onerosidad.

Así las cosas, de entrada, el Despacho advierte que lo argüido por el Apoderado no resulta de recibo como quiera que su mera enunciación desdibuja el presupuesto de imprevisibilidad, toda vez que refiere cambios en las condiciones de mercado desde 2018. En ese orden, se torna imperioso poner de relieve que el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 fue suscrito el 22 de septiembre de 2015 y objeto del Otrosí No. 002 el 30 de septiembre de 2020, en el cual se acordaron modificaciones respecto de la zona de uso público concesionada, de las especificaciones técnicas del proyecto, de la prórroga en el plazo de la concesión por 10 años adicionales, así como de un nuevo plan de inversiones por valor de USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015 y un nuevo valor de contraprestación de USD 797.712 dólares constantes de diciembre de 2015, con lo cual resulta dable afirmar que las condiciones enunciadas por el Apoderado no solo resultaron anteriores o concomitantes a la firma del Contrato (22 de septiembre de 2015), sino que además, en todo caso fueron previas y por ende objeto de consideración de cara a la suscripción del Otrosí No. 002.

Siguiendo la línea expuesta, resulta evidente que el Concesionario al momento de la celebración del vínculo conocía las condiciones existentes para el desarrollo de la concesión, e incluso con posterioridad solicitó y logró el acuerdo bilateral que le permitió lograr los ajustes que a su juicio ameritaba el vínculo contractual.

Anotado lo anterior, resulta del caso descender a realizar el análisis de los elementos probatorios aportados con el fin de establecer si a través de estos se acreditan situaciones que permitan arribar a una conclusión distinta.

En tal orden se advierten los siguientes:

- Archivo PDF denominado *"7. Volumenes (sic) movilizados por Tks de SPSM. 2017-2021.pdf".,* que corresponde a un oficio fechado el 5 de noviembre de 2021 y dirigido al Gerente de la Sociedad Portuaria Las Américas, que tiene como

Documento firmado digitalmente

GTEC

referencia *"Volúmenes movilizados a través de la planta de tanques de gráneles líquidos de SPSM",* en el cual se incluyen los volúmenes de exportación e importación de graneles líquidos movilizados (aceite de palma y sus productos derivados) por la planta de tanques líquidos de la Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta.

- Archivo PDF denominado *"8. Auto de admision (sic) negociacion (sic) de emergencia CI Biocosta.pdf",* el cual contiene un Auto de admisión de un trámite de negociación de emergencia de un Acuerdo de Reorganización de la sociedad C.I. BIOCOSTA S.A., expedido por la Superintendencia de Sociedades el 7 de octubre de 2021 (Número de proceso 2021-INS-232).

De conformidad con los elementos de convicción, para el Despacho se tiene lo siguiente: (i) La Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta a través de su planta de tanques líquidos, en su operación ha presentado volúmenes movilizados de exportación e importación de graneles líquidos (aceite de palma y sus productos derivados) variables de 2017 a 2021, (ii) La sociedad C.I. BIOCOSTA S.A., identificada con NIT 900.138.670 -3 fue admitida por la Superintendencia de Sociedades en un proceso de Negociación de Emergencia de un Acuerdo de Reorganización el 7 de octubre de 2021 (Número de proceso 2021-INS-232).

Ahora bien, de los elementos de prueba antes analizados, es claro para el Despacho que los mismos se refieren a situaciones en las que se han visto envueltas la Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta y La sociedad C.I. BIOCOSTA S.A, las cuales no guardan relación directa con la Sociedad Portuaria Terminal de las Américas. Asimismo, se describen eventos relacionados con la operación de aquellas sociedades.

En virtud de lo anterior, los hechos que pretende ilustrar el Apoderado no permiten tan siquiera avizorar una relación frente a la obligación que se reprocha, pues se reitera, la ejecución del plan de inversiones para el año 2020 implicaba al Concesionario la compra y fabricación de obras civiles. En ese orden, eventos como los relacionados con la Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta y La sociedad C.I. BIOCOSTA S.A no resultan equiparables a la situación actual de la Sociedad Portuaria Terminal de las Américas, pues como se apuntó anteriormente, esta última debido a su falta de inversión ha generado que no se presenten avances en su plan de inversiones de cara a iniciar su fase de operación. De igual manera, tales sociedades no solo se encuentran operando su negocio, lo cual es diametralmente distinto a la fase de construcción en que se encuentra el Contrato de Sociedad Portuaria las Américas, sino que adicionalmente, no se tiene evidencia de una relación de aquellas como socias o integrantes de la Investigada.

En los términos de lo hasta aquí expuesto, no le queda otro camino a este Despacho más que finiquitar desfavorablemente lo argüido por ausencia de mérito.

5.3 ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS RENDIDOS POR EL GARANTE

De conformidad con los descargos rendidos por el Garante, el Despacho se pronunciará en el siguiente orden:

5.3.1 Violación al debido proceso.

El Apoderado sostiene que durante la diligencia de descargos se configuró la violación al debido proceso, toda vez que se impidió al Concesionario realizar la exposición de argumentos técnicos al evitar la participación en la diligencia de personal técnico, como quiera que los profesionales del derecho no están en la capacidad de dar una explicación técnica y sobre todo en situaciones tan especializadas como lo es en el presente caso, una enfermedad como la Pudrición del Cogollo en la zona norte del país.

Documento firmado digitalmente

GTEC

Análisis del Despacho

En punto de la argumentación expuesta, sea lo primero poner de presente el siguiente pronunciamiento de la Corte Constitucional frente al debido proceso en materia administrativa:

> "Entre los elementos más importantes del debido proceso, esta Corte ha destacado: *"(i) la garantía de acceso a la justicia en libertad e igualdad de condiciones; (ii) la garantía de juez natural; (iii) las garantías inherentes a la legítima defensa; (iv) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; (v) la garantía de imparcialidad; entre otras garantías".*
>
> Específicamente en materia administrativa, la jurisprudencia de esta Corte ha establecido que los principios generales que informan el derecho fundamental al debido proceso, se aplican igualmente a todas las actuaciones administrativas que desarrolle la administración pública en el cumplimiento de sus funciones y en la realización de sus objetivos y fines, de manera que se garanticen "*los derechos de defensa, de contradicción, de controversia de las pruebas y de publicidad, así como los principios de legalidad, de competencia y de correcta motivación de los actos, entre otros, que conforman la noción de debido proceso. (...) De esta manera,* ***el debido proceso administrativo se ha definido como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio****, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley".*
>
> *De lo expuesto hasta ahora y de la jurisprudencia citada, la Sala extrae estas conclusiones: (i) el derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, porque se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación, y (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad"[12]. (Subrayado en el texto).*

De conformidad con lo expuesto, es claro que el derecho al debido proceso administrativo involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria.

Así las cosas, descendiendo al asunto sub examine, este Despacho advierte que no se vislumbra ningún tipo de irregularidad en el caso de marras, toda vez que las intervenciones por parte del personal técnico solicitadas por el Apoderado del Concesionario, fueron decretadas a título de testimonios en el Auto No. 20227070000426 del 24 de febrero de 2022 y practicadas en la sesión de audiencia del pasado 10 de marzo de 2022, en la cual el profesional del derecho contó con todas las garantías requeridas para su práctica e incluso pudo soportar probatoriamente los diferentes aspectos señalados en sus descargos.

[12] Corte Constitucional, Sentencia T-559 de 2015, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Documento firmado digitalmente

GTEC

En ese orden, para el Despacho es evidente que no se estructura ningún tipo de vicio y/o irregularidad en la actuación al respecto de lo aseverado por el profesional del Derecho, razón por la cual el argumento estudiado no prospera.

5.3.2 Violación al principio de tipicidad de la sanción.

Argumenta que del escrito de citación se desprenden falencias en cuanto a la tipicidad de la sanción, toda vez que, aun cuando se enlistan las cláusulas presuntamente vulneradas y la consecuencia, no existe un análisis de la conducta del Contratista, siendo claro que en el régimen sancionatorio en Colombia se encuentra proscrita cualquier tipo de responsabilidad objetiva, pues toda sanción debe contener un análisis de la conducta del contratista, ya sea a título de Dolo o Culpa.

Agrega que desde la óptica del Código Civil, en el caso concreto no se evidencia una conducta atribuible al Contratista bajo ninguno de estos títulos, señalando que por el contrario, existen situaciones externas e irresistibles al Concesionario, las cuales deben catalogarse como caso fortuito o fuerza mayor, pues resulta evidente que situaciones como una pandemia o una enfermedad como la Pudrición del Cogollo, son imprevisibles, así como los mayores costos causados ya sea por la subida del dólar o por los efectos de la pandemia sobre la economía.

En la misma línea, señala que las situaciones expuestas por el Concesionario se basan en hechos notorios que no requieren prueba, los cuales precisamente han configurado situaciones de fuerza mayor y/o caso fortuito que han impedido con justa causa el cumplimiento de las obligaciones reprochadas. Añade que son hechos de orden mundial, y que han ido evolutivamente afectando la ejecución contractual desde el año 2017, siendo neurálgicos los problemas de producción de la Palma de Aceite, producto vital para el dinamismo del Puerto.

Análisis del Despacho

Analizada la argumentación del Apoderado, la misma gira en torno a: (i) La responsabilidad objetiva dentro del procedimiento sancionatorio y (ii) Las situaciones de fuerza mayor alegadas por el Concesionario.

En primer orden, resulta del caso señalar que las situaciones de fuerza mayor alegadas por el Concesionario ya fueron previamente evacuadas, razón por la cual no merece ningún tipo de pronunciamiento adicional por parte del Despacho.

Ahora bien, en lo que respecta a la presunta responsabilidad objetiva señalada por el Apoderado, sea lo primero poner de presente lo dispuesto jurisprudencialmente al respecto del principio de legalidad en materia sancionatoria contractual, así:

> *"La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma –por ejemplo, un reglamento quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.*
>
> *Algunas de las sanciones contractuales podrían enmarcarse en esta clasificación, pues es claro que la ley –bien la que expide el Congreso o bien los decretos con fuerza de ley- no las contempla de manera directa –salvo excepciones-. Tal es el caso de las multas y de la cláusula penal pecuniaria,*

Documento firmado digitalmente

GTEC

> *que están autorizadas por la ley, pero no previstas en ella, sino en cada contrato, en caso de que las partes las pacten.*
>
> ***Obsérvese cómo el "principio de legalidad" –es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley-, en materia contractual se reduce a la simple "tipicidad" de la conducta –es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido-, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción, sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga****.*
>
> ***Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes –no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas conductas y la sanción****. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad"*[13]*.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que, en materia sancionadora contractual, tal como lo reconoció el Consejo de Estado, el principio de legalidad se reduce a la simple "tipicidad" de la conducta, la cual es la mera descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido. Lo anterior, guarda plena armonía con la Sentencia del 23 de junio de 2010, expediente 16.367 y ponencia de Enrique Gil Botero, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la cual indicó que *«el núcleo mínimo de este derecho exige que una norma –legal o contractual– contemple la falta y la sanción. Si ni siquiera lo hace el contrato, la administración no puede imponer sanciones, so pena de violar el debido proceso»*

A su vez, la misma corporación revalidó con posterioridad la posición adoptada en los siguientes términos:

> *De otro lado, según se ha expuesto, otras sanciones contractuales, como la multa y la cláusula penal, mantienen la libertad de pacto, es decir, que la ley no determina las conductas que las originan, y las partes pueden hacerlo con gran libertad -pero tampoco arbitrariamente-. Pese a este relajamiento del principio de legalidad fuerte,* ***en todo caso se conserva el principio de tipicidad, según el cual las partes del negocio deben describir la conducta prohibida en la cláusula contractual****. Además, también se mantiene el principio que impone que la conducta reprochable se establezca de manera previa a su realización –lex previa–, para evitar la arbitrariedad y el abuso de poder*[14]*.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Apuntalado lo anterior, es necesario precisar que desde el escrito de citación radicado ANI 20217070343491 del 3 de noviembre de 2021, se ha dado la suficiente motivación respecto del inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones del Concesionario referentes al plan de inversiones, toda vez que una mirada al expediente permite establecer que se cumplió todos y cada uno de los requisitos dispuestos por la Ley 1474 de 2011 en su artículo 86, identificando el sujeto contractual incumplido, las disposiciones contractuales contentivas de la sanción, las cláusulas violadas y las conductas u omisiones por medio

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 13 noviembre de 2008, Exp. 17.009. M.P. Enrique Gil Botero.

[14] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 15 de noviembre de 2011, Exp. 20.916, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz

Documento firmado digitalmente

GTEC

de las cuales se evidencia su falta de cumplimiento en la ejecución del plan de inversiones; esto, puede evidenciarse así:

a) La Supervisión del Contrato entregó al proceso las pruebas que determinan la falta de cumplimiento por parte del Concesionario respecto de la inversión a realizar y su desconocimiento del cronograma planteado para ello, y modificado con el Otrosí No. 002 efectuado al Contrato de Concesión.

b) Se dispuso del espacio para que el Concesionario emitiera los elementos de juicio y entregara las pruebas en su poder atenientes a demostrar el cumplimiento de sus obligaciones, con lo cual le permitiera desvirtuar ese incumplimiento que se presumía. Sin embargo, en su defensa, el Apoderado del Concesionario no solamente admitió el incumplimiento, sino que persiste en escudarlo por hechos que a su juicio no dependen del Concesionario, lo cual no solamente fue desvirtuado en el análisis de la situación fáctica y jurídica, sino que además no resultó probada ninguna de las causales eximentes que planteó en su defensa, con lo cual, no se rompió el nexo causal que permitiera de alguna manera eximir su responsabilidad respecto de la falta de inversiones que el Contrato exige.

Por lo anterior, este Despacho considera que por medio del presente acto administrativo se ha realizado un análisis fáctico y probatorio íntegro, con la motivación suficiente para emitir un fallo de acuerdo con los argumentos expuestos por el Apoderado del Concesionario y el Garante, habiendo previamente garantizado los derechos de defensa y contradicción que imperan en este tipo de procedimientos administrativos.

A renglón seguido, es importante precisar que no le asiste razón al Apoderado del Garante al señalar que en la presente actuación se ha dado aplicación a un régimen objetivo de responsabilidad, el cual está proscrito, y que lo que debió aplicarse fue un régimen subjetivo de responsabilidad, es decir un régimen que analice la culpabilidad (dolo o culpa) del Concesionario.

Es importante precisar que lo argüido frente al particular no es de recibo por dos razones fundamentales: (i) en primer lugar, por cuanto parte de premisas falsas, ya que como se pasa a explicar, no es cierto que el régimen de responsabilidad objetiva esté proscrito, y, (ii) en segundo lugar, porque en todo caso dicho régimen de responsabilidad no es el que se ha aplicado a la presente actuación.

En lo que hace relación a que el régimen de responsabilidad objetiva esté proscrito, baste con señalar que la jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que, si bien dicho régimen es excepcional, y no puede aplicarse en materia penal, el mismo sí es aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos.

Es así como el Consejo de Estado, Sección Cuarta, con ponencia del consejero Germán Ayala Mantilla, en Sentencia de 13 de marzo de 1998, señaló sobre la responsabilidad objetiva en materia administrativa sancionatoria, lo siguiente:

> *"En consecuencia, las sanciones impuestas a los infractores por contravenciones administrativas excluyen la prueba de los factores subjetivos propios de la conducta delictiva, como son el dolo y la culpa. Dentro de esta misma concepción se considera que los sujetos activos en el derecho penal corresponden estrictamente a las personas naturales, pues solo respecto de ellas puede predicarse la culpa como elemento determinante de responsabilidad. En relación con los sujetos activos en el derecho administrativo, se admite que ellos pueden corresponder a una "persona natural" o "persona jurídica", respecto de las cuales solo es admisible la fuerza mayor o el caso fortuito como eximentes de responsabilidad. Lo anterior, porque en el lenguaje jurídico son "personas" los seres capaces de tener derechos y contraer*

Documento firmado digitalmente

GTEC

obligaciones, y porque en materia administrativa el Estado se reserva el derecho de definir las obligaciones tanto de las "personas jurídicas" como de las "personas naturales" que las representan cuando éstas desarrollan actividades económicas sujetas al control e intervención del Estado."

Por su parte la Corte Constitucional[15] indicó:

"(…) Es de aclarar que, no obstante que el principio general es la exigencia del debido proceso administrativo y la exclusión de la responsabilidad objetiva en materia sancionatoria administrativa, la Corte ha precisado que estos principios presentan algunas atenuaciones y flexibilizaciones, así como algunas excepciones muy restringidas y precisas respecto de la exclusión de la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador.

Ha explicado la Corte, que por tanto en materia del derecho administrativo sancionador se presenta el fenómeno de la atenuación de la presunción de inocencia, así como del principio de tipicidad, pudiendo establecerse excepcionalmente la responsabilidad objetiva.

Así la Corte ha avalado de manera excepcional la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho administrativo sancionador, advirtiendo sin embargo que debe examinarse la aplicación de este régimen en cada caso particular, y que debe rodearse al sujeto de esta acción de todas las garantías procesales constitucionales. A este respecto ha dicho la Corte:

"La jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de sanciones administrativas ha aceptado sólo de manera excepcional, atendiendo a las especificidades de cada caso, la constitucionalidad de la responsabilidad objetiva.

La Corte ha admitido, de manera excepcional […] la responsabilidad objetiva en algunos campos del derecho administrativo sancionador, cuya exequibilidad debe ser objeto de estudio por parte de esta Corporación en cada caso de acuerdo con las características propias de la norma que se juzga.

En algunas ocasiones la Corte ha declarado la exequibilidad de normas en las que se prevén sanciones administrativas por responsabilidad objetiva sin hacer explícito el análisis sobre las fuentes subjetivas y objetivas de dicha responsabilidad. También ha declarado la exequibilidad de normas que parecerían permitir la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva sin que la Corte haya negado dicho tipo de responsabilidad ni condicionado su aplicación a la previa determinación de culpabilidad del investigado."

Así mismo la Corte ha señalado que la imposición de sanciones por responsabilidad objetiva se ajusta a la Constitución, si y solo si, la sanción administrativa cumple con las siguientes exigencias: (i) que se trate de un tipo de sanción que no afecte de manera específica el ejercicio de derechos fundamentales, ni afecten de manera directa o indirecta a terceros; (ii) que la sanción tenga un carácter meramente monetario; y (iii) que se trate de sanciones de menor entidad. "

Por último, la Corte ha sostenido que la responsabilidad objetiva en el derecho administrativo sancionador debe estar consagrada de manera expresa por el legislador.

De conformidad con lo anterior, resulta evidente que contrario a lo señalado por el profesional del derecho, el régimen de responsabilidad objetiva no está proscrito, ya que, si bien no puede aplicarse en materia penal, sí puede aplicarse de manera excepcional en el procedimiento administrativo sancionatorio.

[15] Corte Constitucional, C-089/11, 16/Feb./2011, L.VARGAS

Documento firmado digitalmente

GTEC

Hecha la anterior precisión, valga señalar que en todo caso en el presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual no se ha dado aplicación a un régimen de responsabilidad objetivo, sino precisamente a un régimen de responsabilidad contractual, esto es, que se ha hecho un análisis de la responsabilidad del Concesionario, a partir del tipo de obligación contractual que se reputa incumplida, ya que debe partir del propio Contrato, el régimen de responsabilidad aplicable.

Sobre la posibilidad de alterar el régimen de responsabilidad, vía contractual, el maestro Fernando Hinestroza[16] ha señalado: *"En fin es preciso mencionar la posibilidad de alteración del régimen ordinario, no solo para hacer más intensa la responsabilidad del deudor (arts. 1604 y 1732 c.c.), sino también para morigerarla (art. 1616 c.c.) (...)"*

En esa línea, cabe aclarar que dicha alteración se produce debido a que es el propio Contrato el que establece la responsabilidad que se debe aplicar a cada obligación contractual. Así, en el asunto *sub examine*, el Despacho analizó la responsabilidad del Concesionario a la luz de la obligación reputada como incumplida de conformidad con el pliego de cargos y la situación fáctica expuesta a lo largo del procedimiento, encontrando que las obligaciones presuntamente incumplidas eran obligaciones de resultado, con lo cual, el Concesionario es responsable por su incumplimiento salvo que medien circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, que como se ha expuesto, no existen.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

> *"Para determinar la carga de la prueba en el sistema de la responsabilidad civil contractual se adopta la diferenciación de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, de lo cual se derivan precisas consecuencias de cara al contrato.*
>
> *Así, el Tribunal de la Justicia Ordinaria expone que "si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado, ella se presume de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil"[17] que establece: "(...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega"; en otras palabras, la tesis del discernimiento entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado "coloca la carga de la prueba de la responsabilidad, en las obligaciones de medio, en las espaldas del actor, y en las de resultado, en las del demandado"[18]*

Por lo expuesto, es pertinente indicar que en efecto y dado que la obligación de ejecutar el plan de inversiones que contempla el Contrato es de resultado, le corresponde la carga de la prueba al Concesionario y su Asegurador de acreditar, o bien el cumplimiento de la obligación, o la existencia de circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, que le impidiesen cumplir.

Ahora bien, en tanto nada de ello se probó en el presente caso, puesto que los Apoderados no aportaron al proceso pruebas que evidenciaran el cumplimiento de la obligación contractual y mucho menos pruebas que evidenciaran que dicho incumplimiento se debía a circunstancias que eximieran al Concesionario de su responsabilidad en el cumplimiento de sus obligaciones, este Despacho considera probado el incumplimiento y responsable del mismo al Concesionario, conforme a lo que establece el Contrato.

---

[16] HINESTROSA Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes. I.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002. p. 91.

[17] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de abril de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

[18] Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecasas, Miguel. Ob. Cit. Pág. 225

Documento firmado digitalmente

GTEC

Por las razones expuestas el argumento estudiado no prospera.

5.3.3. Proporcionalidad de la Sanción

El Apoderado indica que desde el escrito de citación se desatiende el principio de proporcionalidad de la sanción, pues la jurisprudencia del Consejo de Estado ha enseñado que las Entidades deben recurrir a fórmulas y operaciones aritméticas que garanticen una verdadera proporción de la consecuencia a imponer, lo cual en el caso bajo estudio no se observa, toda vez que la sanción resulta exorbitante y por ende desajustada a derecho.

Análisis del Despacho

Analizado el argumento del Apoderado, conviene poner de relieve el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado respecto al aludido principio, en el cual sostiene que:

> "*El principio de proporcionalidad, como principio general del derecho, ha sido catalogado jurisprudencialmente* ***como una regla general****, en razón a que se establece en el ordenamiento jurídico como un elemento extra sistemático que el juez deberá materializar al momento del fallo y, así mismo, por encontrarse positivizado en el ordenamiento jurídico colombiano -artículo 36 Código Contencioso Administrativo-. La doctrina ha resaltado la importancia del principio de proporcionalidad en el ejercicio de cada una de las actuaciones administrativas, destacando dos aspectos primordiales: el primero, al establecerlo como principio de acción y, la segunda, al determinar la existencia de un control de proporcionalidad. En este horizonte, se itera, el principio de proporcionalidad cumple dos funciones: i) en primer lugar, sirve de criterio de acción, esto es, como sustento de las actuaciones de los distintos órganos del Estado, el cual se realiza con su observancia y aplicación a cada caso concreto. ii) En segundo lugar, es un criterio de control, pues debe adoptarlo el juez para efectos de evaluar la proporcionalidad de la respectiva actuación administrativa.* ***Es así como el principio de proporcionalidad exige un juicio ex-ante y otro ex-post, en relación con la decisión administrativa, más aún, cuando se trata del ejercicio de una potestad de naturaleza sancionatoria…"*** *"...Por tanto, el juez -e incluso la autoridad administrativa- debe analizar, en cada caso, si la actuación se ejerció adecuando los hechos que la determinaron a los fines que se propuso. Por tanto, se debe examinar si se realizó una calificación jurídica apropiada de la situación fáctica que sustentó la expedición de la decisión* ***y, posteriormente, concluir si fue proporcional a las necesidades y a los hechos****. Lo anterior se* ***resume en un juicio de adecuación entre los hechos, el medio o decisión adoptada y las finalidades de la actuación, la cual busca, en todo caso, alcanzar el interés de orden general****"*[19] (Subrayado y Negrilla fuera de texto)

Así las cosas, hay que indicar que en efecto se debe realizar un juicio relacionado con las necesidades del procedimiento administrativo (Conminar al cumplimiento de la obligación presuntamente incumplida) y la situación fáctica presentada (el presunto incumplimiento del plan de inversiones) con el fin de adecuar la decisión adoptada con las finalidades de la actuación en busca del interés general.

En ese orden, se impone destacar que el cumplimiento del plan de inversiones se considera como una de las obligaciones principales del Contrato, toda vez que de ello depende la operación y en últimas el cumplimiento de la finalidad del Contrato de Concesión y como consecuencia de ello, los fines del Estado que se espera cumplir con el otorgamiento de la Concesión.

[19] Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008), C. P. Enrique Gil Botero.

Documento firmado digitalmente

GTEC

En cuanto a la importancia de la ejecución de los contratos de concesión portuaria, la Corte Constitucional en Sentencia C-068 de 2009 señaló:

> *"En efecto, por mandato constitucional es deber del Gobierno Nacional asegurar niveles satisfactorios de eficiencia en la prestación de servicios públicos, entre ellos, el transporte, a fin de promover la prosperidad general. A ese fin, el Estatuto de Puertos Marítimos, incentiva la vinculación del sector privado en el desarrollo y construcción de puertos a través de proyectos e inversiones a largo plazo. Ello explica que en el artículo 8º de la Ley 1ª de 1991 se establezca un plazo amplio para las concesiones portuarias, como estímulo a la inversión en dicho sector, a fin de que las Sociedades Portuarias a las que se les otorguen concesiones**, se comprometan con la inversión en nuevas instalaciones portuarias que faciliten el crecimiento del comercio exterior colombiano y reduzcan el impacto de los costos portuarios**, generando mejores condiciones de competitividad de los productos colombianos en los mercados internacionales."*[20] (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, no cabe duda entonces, que las inversiones son fundamentales en el desarrollo del contrato de concesión y su importancia se debe contemplar en el juicio de proporcionalidad a realizar al momento de la imposición de una sanción por el incumplimiento de las inversiones.

Ahora bien, retomando lo expuesto frente al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, debe recordarse que esta exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, los cuales están constituidos por: (i) el cumplimiento de los deberes del cargo y (ii) el aseguramiento de los fines del Estado y de los principios de la función pública como la igualdad, la moralidad, la eficacia, la economía, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad, tal y como lo manifestado la Corte Constitucional en los siguientes términos:

> *"Por lo anterior, la imposición de una sanción proporcional a los hechos que la motivaron y se concluye que el derecho disciplinario, como modalidad del derecho administrativo sancionador, pretende regular la actuación de los servidores públicos con miras a asegurar los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que rigen la función pública, y que, para tal cometido, describe mediante ley una serie de conductas que estima contrarias a ese cometido, sancionándolas proporcionalmente a la afectación de tales intereses que ellas producen" .*[21]

Así mismo, el principio de proporcionalidad ha sido objeto de análisis por parte de la jurisprudencia reciente del Consejo de Estado, que sobre el particular ha señalado:

> "*En tal sentido, al interior de una potestad reglada este principio también puede aplicar, sólo que su espacio de concreción es más restringido que al interior de una potestad discrecional, por razones que resultan apenas obvias. Tratándose, precisamente, de las potestades regladas,* ***la proporcionalidad ya viene calculada, sólidamente -incluso muy fuertemente, por el legislador, quien asume la tarea, en forma directa, de precisar el sentido de una decisión administrativa.*** *Estos planteamientos sirven de soporte para justificar que, incluso, al interior de una potestad sancionadora existen espacios adecuados para la aplicación del principio de la proporcionalidad, pese a su carácter fuertemente reglado."*[22]

---

[20] Corte Constitucional, Sentencia C068 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo. Expediente D7345.

[21] Corte Constitucional, Sentencia C- 721 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[22] CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá D. C., noviembre trece (13) de dos mil ocho (2008) Radicación

Documento firmado digitalmente

GTEC

En igual sentido la misma Corporación se ha pronunciado esgrimiendo los siguientes argumentos:

> "***En primer lugar, está implícito que los medios utilizados por las entidades contratantes deberán ser legales y proporcionales y no podrán desconocerse tampoco los derechos del contratista-deudor***. *En segundo lugar, en cuanto a su finalidad, se observa que el parágrafo determina que los mecanismos que se utilicen, enunciados o no en la referida disposición, deben tener por objeto hacer efectiva la multa, o, como se señala en la parte final del mismo parágrafo, obtener su pago. Y pago es, como señala el artículo 1627 del Código Civil, "la prestación de lo que se debe", siendo la prestación debida en el caso de las multas, la suma de dinero a cargo del contratista en virtud de la sanción impuesta. (...)"*[23]

En efecto, el artículo 44 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), establece que las decisiones discrecionales deben ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa, lo que significa que siempre que una decisión de la administración sea discrecional, debe aplicarse la proporcionalidad, por lo que habrá que analizar en consecuencia la manera en la que se pactó y por ende se tasó la multa.

De manera que, si bien es cierto que el principio de proporcionalidad es un principio que debe mantenerse incólume en las actuaciones administrativas sancionatorias, este debe ser analizado frente a cada caso en particular.

Apuntalado lo anterior, en el caso en concreto la cláusula 23 de multas pactadas en el Contrato[24], establece que el incumplimiento de la obligación de ejecutar el plan de inversiones es un incumplimiento que tiene una consecuencia de multa, la cual, como veremos a continuación, ya contiene el juicio de proporcionalidad incluido en esta, al manifestar que la multa podrá ser hasta por el 5% de las inversiones que se dejaron de ejecutar, así:

> *"i. Por no ejecutar el plan de inversión propuesto dentro del cronograma y presupuesto aprobados, se podrán causar multas hasta por el 5% del valor de las inversiones que deje de ejecutar en el periodo pactado contractualmente. El incumplimiento reiterado podrá dar origen a la declaratoria de caducidad del contrato."*

Por lo tanto, debe destacarse que en la cláusula referida la discrecionalidad en la proporcionalidad de la sanción ya se encuentra contemplada, en tanto señala que la multa será procedente hasta por el 5% del valor dejado de ejecutar.

Como se observa de lo anterior la sanción se estipuló contractualmente, lo cual es un claro ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes[25], sumado a que de

---

número: 68001-23-31-000-1996-02081-01(17009)

[23] CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL consejero ponente: WILLIAM ZAMBRANO CETINA Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diez (2010)

[24] ARTICULO 1602. <LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES>. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

[25] El Consejo de Estado al respecto del principio de autonomía de la voluntad se pronunció en los siguientes términos: "El principio de la autonomía de la voluntad conlleva un reconocimiento de autodeterminación por parte de los sujetos contratantes, a los cuales se reconoce capacidad para regular aquellos intereses que les son propios, teniendo en cuenta que en materia de contratación estatal esos intereses deben entenderse dentro del marco que el ordenamiento jurídico establece, como quiera que la actividad de la Administración debe siempre estar enmarcada por el principio de legalidad. Por ello, no puede pensarse en el otorgamiento de un poder ilimitado, ello redundaría en arbitrariedad, de modo que "en ese sentido, en ejercicio de la autonomía de la voluntad las partes interesadas definen el alcance contractual dentro de un determinado ambiente normativo, para precisar en últimas, (sic) cuál es el ámbito propio de disponibilidad

Documento firmado digitalmente

GTEC

conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el acuerdo se impone como una Ley para estos, acuerdo en el que el Concesionario aceptó la proporcionalidad establecida en la cláusula vigésima tercera, sin que le resulte dable hoy en día desconocerla.

Se procede entonces a indicar que la tasación de la sanción se ha realizado considerando el incumplimiento contractual, en tanto, el Contrato dispone que la multa se tasa de acuerdo con el valor dejado de ejecutar y fue sobre dicho valor que se estimó su cálculo que, dada la importancia de la obligación, la cual es de aquellas que se consideran como principales en el Contrato, no es posible reducir en cuanto a la aplicación porcentual que se realiza en la imposición de la sanción.

Finalmente, en lo que corresponde a la afirmación del Profesional del Derecho respecto de que las Entidades deben recurrir a formulas y operaciones aritméticas que garanticen una verdadera proporción, basta con señalar que en el capítulo V. "Cuantificación de la posible multa a imponer" del escrito de citación contenido en el oficio ANI 20217070343491 del 3 de noviembre de 2021 se realizó un ejercicio de tasación a partir de las disposiciones contractuales, en el cual a partir de variables como: (i) El plan de inversión en dólares constantes diciembre 2015, (ii) Inversiones ejecutadas en dólares constantes diciembre 2015, (iii) Inversión que dejó de ejecutar en dólares constantes diciembre 2015, (iv) CPI DIC 2015, (v) CPI julio 2021, (vi) inversión que dejó de ejecutar actualizada, (vii) Sanción 5%, (viii) sanción actualizada inflación USA a julio 2021, se estableció, para la fecha de la Citación, el valor de la multa a imponer, así como el valor límite de la misma.

En esa línea, es claro que el ejercicio de tasación efectuado por la Agencia responde a las reglas contractualmente acordadas, así como al principio de proporcionalidad que debe gobernar este tipo de actuaciones, por todo lo cual no resulta de recibo el argumento.

5.4 Declaratoria de Incumplimiento

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos presentados por las Partes logró desvirtuar el presunto incumplimiento endilgado al Concesionario, consistente en no cumplir con lo dispuesto en la obligación contenida en el numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula 5 del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre del 2020 del Contrato de Concesión Portuario No. 003 del 22 de septiembre de 2015, y siendo claro que por la naturaleza del Contrato y las obligaciones a cargo de las Partes, dicho incumplimiento le es imputable al Concesionario, en tanto no existen situaciones que lo justifiquen, el Despacho declarará el incumplimiento del Concesionario de dichas cláusulas, y a continuación pasará a pronunciarse sobre las consecuencias del mismo.

5.5 De la Imposición de la Multa y la Tasación de su valor.

Para incumplimientos como el demostrado en el presente trámite sancionatorio, el Contrato de Concesión No. 003 de 2015 prevé en la cláusula 23 literal i, lo siguiente:

> *"(…) MULTAS*
>
> *EL CONCEDENTE podrá imponer multas al CONCESIONARIO en los siguientes eventos:*
> *(…)*
>
> *i. Por no ejecutar el plan de inversión propuesto dentro del cronograma y presupuesto aprobados, se podrán causar multas hasta por el 5% del valor de las inversiones que deje de ejecutar en el periodo pactado*

de los intereses objeto de regulación por la vía del negocio jurídico". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de mayo de 2000, Expediente 13.073, M.P: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Documento firmado digitalmente

GTEC

contractualmente. El incumplimiento reiterado podrá dar origen a la declaratoria de caducidad del contrato.

PARÁGRAFO PRIMERO: El monto total de las multas cuando estas se establezcan con base en los ingresos brutos, se fijará con base en los ingresos brutos obtenidos por el CONCESIONARIO en el mes inmediatamente anterior a la imposición de la multa, de tal forma que del promedio de estos se obtendrá el valor del día, lo que constituirá la unidad para determinar la multa.

PARÁGRAFO SEGUNDO: El monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del contrato durante la vigencia del mismo.

PARÁGRAFO TERCERO. - Una vez en firme el acto administrativo de imposición de multa, dicho acto prestará mérito ejecutivo, caso en el cual se le otorgará al CONCESIONARIO un término de diez (10) días para el pago de la multa, sin perjuicio de la facultad del CONCEDENTE para declarar siniestros y hacer efectiva la garantía única de cumplimiento o la de recurrir a la jurisdicción coactiva.

PARÁGRAFO CUARTO; PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICIÓN DE MULTAS; La imposición de multas se llevará a cabo respetando el debido proceso, según lo dispuesto en las normas aplicables, en particular lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas posteriores que tas aclaren, adicionen, complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen."

Para efectos de la cuantificación de la multa a Imponer, se han tomado en consideración el memorando No. 20223080114033, conforme al cual se realizó la actualización del valor de la multa a partir del valor de las inversiones dejadas de ejecutar en el periodo pactado contractualmente.

CÁLCULO DE LA MULTA

Para la tasación se tiene que el valor que dejó de ejecutar del Plan de Inversión es **USD 3.186.398** dólares constantes diciembre 2015 según cronograma del plan de inversión para el año 2020 establecido en la Cláusula Quinta del Otrosí No.2 de 2020 al contrato No.003 de 2015, por lo anterior se realiza el cálculo y se obtiene lo siguiente:

DETALLE	TOTAL	CONVENCIÓN
Plan de Inversión en dólares Constantes diciembre 2015	USD 3.186.398	A
Inversiones ejecutadas en dólares Constantes diciembre 2015	-	B
Inversión que dejo de ejecutar en dólares Constantes diciembre 2015	USD 3.186.398	C= A-B
CPI DIC 2015	236,525	D
CPI AGOSTO 2022	296,171	E
Inversión que dejo de ejecutar actualizada	**USD 3.989.932**	**F**
Sanción 5%	5%	G
Sanción actualizada Inflación USA a marzo 2022	**USD 199.496,60**	**H= F*G**

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 - VGC

Para realizar la actualización del valor a dólares de agosto 2022, se consultó el Consumer Price Index (CPI) publicado por el U.S. Bureau of Labor Statistics; tomando como base el índice de diciembre de 2015 (236,525) y el último reportado para el mes de agosto de 2022 (296,171) este factor de actualización se aplicó al valor de la

Documento firmado digitalmente

GTEC

inversión que dejó de ejecutar, y se multiplicó por el 5%, el resultado equivalente corresponde a **USD 199.496,60 dólares de agosto 2022** los cuales representan el valor de la multa a septiembre de 2022 y deberán ser convertidos a la tasa representativa del mercado (TRM) de la fecha de pago.

Estimación Limite de Multas

Teniendo en cuenta el Parágrafo Segundo de la Cláusula 23. MULTAS que establece: "*El monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del contrato durante la vigencia del mismo*", se calcula dicho límite así:

Concepto	Valor en USD	Convención
Valor del contrato*	USD 797.712	A
CPI DIC 2015	236,525	B
CPI AGOSTO 2022	296,171	C
Factor de Indexación	1,252	
Valor del contrato actualizado	USD 998.876	D=A*(C/B)
Porcentaje de la multa	20%	E
Sanción Máxima (20% del valor del contrato)	**USD 199.775,21**	**F= D*E**

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 - VGC

*El valor del contrato está establecido en la cláusula sexta del Otrosí No.2 de 2020 al contrato de concesión No.003 de 2015, CLÁUSULA 13 - VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN.- "El valor del Contrato de concesión Portuaria será el valor presente de las contraprestaciones por concepto de la zona de uso público, tasados al CONCESIONARIO. Para todos los efectos y sin perjuicio de la naturaleza variable de la fórmula de cálculo de la contraprestación, el valor de referencia del contrato de concesión equivale al valor presente neto de las contraprestaciones proyectadas, que corresponde a la suma de SETECIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS DOCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 797.712), en dólares constantes a diciembre de 2015 y con fecha focal 31 de diciembre de 2015.

Por lo tanto, el monto máximo de multas ascendería a **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO CON 21/100 DÓLARES (USD 199.775,21),** dólares de agosto de 2022, que sería el monto total que las multas no podrán exceder.

5.6 Sobre la póliza de cumplimiento y su afectación.

Con ocasión de la declaración de incumplimiento y su consecuente imposición de la multa, es procedente afectar la póliza de cumplimiento No. 2574625 expedida por Liberty Seguros S.A. para amparar el cumplimiento del Contrato de Concesión Portuario No. 003 de 2015, por el incumplimiento relacionado con el plan de inversiones para el año 2020, que da lugar a la imposición de la multa, esto es la suma de **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 60/100 DÓLARES (USD 199.496,60).**

Por lo anterior, corresponderá la afectación de la póliza de cumplimiento en las condiciones en ella establecidas, en el evento en que el Concesionario no realice el pago de la multa, y únicamente hasta por el monto asegurado.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento de la **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A.** identificada con NIT **900.364.519-7**, de las obligaciones contractuales contenidas en el numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula 5 del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre del 2020 del Contrato de Concesión Portuario No. 003 del

Documento firmado digitalmente
GTEC

22 de septiembre de 2015, de conformidad con lo expuesto en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA prevista en el literal (i) de la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, que corresponde a la suma de **CIENTO NOVENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS CON 60/100 DÓLARES (USD 199.496,60),** de conformidad con lo indicado en la parte motiva, suma que deberá pagarse dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, a la TRM del día de pago.

ARTÍCULO TERCERO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de cumplimiento No. 2574625, que fue expedida por **LIBERTY SEGUROS S.A.**, y como asegurado la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI**, y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, en el evento en que el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A.** se abstenga de efectuar el pago de la multa aquí impuesta.

ARTÍCULO CUARTO. En firme la decisión y, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6º de la Ley 1150 de 2007 y artículo 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012, comuníquese la parte resolutiva de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Santa Marta y a la Procuraduría General de la Nación.

ARTÍCULO QUINTO. Publicar la presente Resolución en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública – SECOP, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEXTO. De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en audiencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia.

ARTÍCULO OCTAVO. Una vez en firme, enviar copia ejecutoriada de la presente Resolución al Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI para el cobro y trámites a que haya lugar.

ARTÍCULO NOVENO. ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta decisión.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **22-09-2022**

EDUARDO DURÁN MONTOYA
Coordinador G.I.T. Procesos Sancionatorios Contractuales
Vicepresidencia Jurídica.
Agencia Nacional de Infraestructura.

Proyectó: Carlos Alberto Atuesta Pardo - Abogado – GIT Procedimientos Sancionatorios Contractuales
Revisó: Viviana Andrea Velásquez Rodríguez - Abogada – GIT Procedimientos Sancionatorios Contractuales

Documento firmado digitalmente

GTEC