Documento firmado digitalmente

REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20237070001545**

Fecha: **08-02-2023**

"POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN 20227070015105 DEL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2022 QUE DECLARÓ EL 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 los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022, mediante la cual se adoptó una decisión de fondo dentro de la 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, incumplimiento relacionado con la no ejecución de las Inversiones correspondientes al año 1 del Plan de Inversiones.

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.

II. CONSIDERACIONES

Documento firmado digitalmente

El Gerente del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la Agencia Nacional de Infraestructura, profirió la Resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022, acto administrativo que declaró el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20, y en la Cláusula 5 del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, relacionado con la no ejecución de las Inversiones correspondientes al año 1 del Plan de Inversiones y en consecuencia, impuso una multa y declaró la ocurrencia del siniestro, resolviendo lo siguiente:

> ***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 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.*

Que la resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022 fue notificada en la audiencia realizada ese mismo día, fecha en la cual tanto el apoderado del Concesionario como el apoderado del Garante interpusieron recurso de reposición. Acto seguido se fijó como fecha para su sustentación el día 6 de octubre del 2022.

Documento firmado digitalmente

Que, el 6 de octubre de 2022, mediante conexión al aplicativo TEAMS de manera virtual, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con el fin de que los citados realizaran la sustentación de los recursos de reposición interpuestos en contra de la resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022, tal como consta en audio y video de la diligencia.

Que, en dicha diligencia, los apoderados del Concesionario y de la Aseguradora procedieron a sustentar los recursos de reposición interpuestos, de conformidad con los argumentos que se expondrán en el siguiente numeral.

III. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

3.1. RECURSO DE REPOSICIÓN DE TERMINAL DE LAS AMERICAS S.A

El apoderado del Concesionario solicitó reponer la decisión, argumentando lo siguiente:

3.1.1. FUERZA MAYOR

Señaló que de las pruebas recaudadas durante la actuación es claro que se han presentado circunstancias externas sobrevinientes constitutivas de fuerza mayor que inciden directamente en el contrato, las cuales se han presentado de forma paralela y se han agravado por los efectos del COVID-19. Añade que estas situaciones salen de la órbita de control del Concesionario y por ende de ninguna manera pueden ser imputables al mismo.

Indica de igual forma que, a diferencia de lo sostenido por el Despacho, lo imprevisible o irresistible de los hechos constitutivos de fuerza mayor no son únicamente las causas de los mismos, sino también las consecuencias de estos, las cuales en el caso concreto resultan completamente irresistibles. Al respecto, señala que los efectos de las situaciones de fuerza mayor fueron agravados a partir de las restricciones por la pandemia, los cuales son fenómenos que directamente impactan en el proyecto portuario, comprometiendo en forma drástica y negativa la viabilidad de la inversión e implicando el rompimiento del equilibrio económico del contrato con graves perjuicios al concesionario.

Los hechos invocados como constitutivos de fuerza mayor son los siguientes:

- **Inusitado incremento de costos de construcción**. Resaltó que del testimonio de Jorge Abisambra se tiene que los costos de construcción presentaron un incremento del 62% impactados fundamentalmente por los precios del concreto, aceros y tuberías, frente al valor inicialmente proyectado, lo cual resulta insoportable en términos financieros para el Concesionario. Adicionalmente indicó que de dicho testimonio se tiene que los efectos del COVID-19 en los costos de los materiales son condiciones de mercado no observadas en los últimos 40 años.

  Añadió adicionalmente que los costos de construcción del proyecto variaron drásticamente desde el año 2020, pues pasaron de USD 11.361.298,44 en el año 2016 a USD 16.587.606,47 a febrero de 2022. Asimismo, indicó que, para septiembre de 2020, momento en el cual se suscribió el Otrosí No. 002 se presentaba una situación de incertidumbre producto del COVID-19, en la cual el Concesionario adicionalmente soportaba de las condiciones iniciales del contrato de concesión, debiendo optar por la suscripción de la modificación. Resaltó que el proyecto fue estructurado en el 2009 y solamente aprobado para el año 2015, mientras que su reestructuración fue propuesta para el 2016 y solamente aprobada en 2020.

- **Reducción del volumen de producción por enfermedad de pudrición de cogollo**. Señala que, de los elementos de convicción aportados, entre ellos el testimonio de Juan Carlos Lara González, se tiene que, si bien la enfermedad de pudrición de cogollo se conoce en el país desde hace 30 años, la aparición de un nuevo patógeno resultó completamente imprevisible y diferente a todo lo antes visto, especialmente en la zona norte, con lo cual es claro que, si bien se conocía del

Documento firmado digitalmente

fenómeno, sus consecuencias resultaron completamente desconocidas. Resaltó que de la existencia de este nuevo patógeno solamente se conoció en el año 2020, esto es, de forma paralela con la firma del Otrosí No. 002. Añadió que la solución a esta problemática es la resiembra de la planta, lo cual demanda años de recuperación para la producción y por ende de afectación para el Concesionario.

Añadió a modo de ilustración la situación vivida por CI Biocosta y la Sociedad Portuaria de Santa Marta al respecto de las condiciones del negocio de movilización de aceite de palma en virtud de la afectación por la enfermedad de pudrición de cogollo luego de la inversión de 12.000 millones de COP y que luego debió someterse al proceso de insolvencia debido a los bajos rendimientos.

Finalmente, precisó que la potencialidad de exportación de hidrocarburos corresponde, en los términos planteados en el mismo proyecto portuario, a una opción que se habilitaría varios años después de entrar en funcionamiento en tanto que la vocación natural del puerto sería para la exportación de aceite de palma, sumado al hecho que el sector minero energético viene decayendo en sus exportaciones y no representa la opción comercial viable para compensar la inversión en el proyecto.

- **Incremento de precios del dólar**. Indica que, de conformidad con el testimonio de William Granados, es claro que se ha presentado un incremento desbordado en los costos del proyecto a partir de la TRM producto de la pandemia del COVID-19, pues su valor se ubica muy superior a la previsión realizada en el Otrosí No. 002. Añade que en el año 2020 y 2021 su valor era de $4.000, el cual desbordó las previsiones de $2600 a $3400 tenidas en cuenta en el 2016, fecha en la que se rediseñó el proyecto. Asimismo, indicó que el modelo financiero del Otrosí No. 002 previó un precio de la divisa de $3.772,43, el cual se ha visto superado ampliamente, pues actualmente se ubica en un valor superior a los $4.600.

Con base en lo anterior, el apoderado concluye que a partir de las pruebas que obran en el expediente está demostrado que se han suscitado hechos que configuran fuerza mayor comprometiendo la viabilidad y el equilibrio económico del contrato.

3.1.2 NO SE HAN AFECTADO INTERESES GENERALES NI PARALIZADO SERVICIO PÚBLICO

El apoderado del Concesionario indicó que la presente investigación tiene su fundamento legal en disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública (CAPÍTULO VII de la Ley 1474 de 2011). Así, remarcó que la falta de ejecución del plan de inversiones no ha ocasionado la paralización o afectación grave del servicio público a satisfacer, ni ha conllevado al incumplimiento de los fines estatales, así como tampoco ha generado afectación de intereses generales o necesidades de la comunidad en general, pues los sectores productivos de palma de aceite y biocombustibles no se han visto afectados, adicional a que el origen del contrato no fue la necesidad de una comunidad focalizada por el Estado, sino la iniciativa de empresarios particulares, con lo cual es claro que no existe una afectación por la falta de inversión.

3.1.3. NO HAY INVOLUCRADA DE POR MEDIO NINGUNA PRÁCTICA CORRUPTA

Indica que, si bien el Estado comprometió un área geográfica para el desarrollo del proyecto portuario, este es de iniciativa privada, sumado a que no se ha involucrado ninguna práctica corrupta, pues no se ha producido la erogación de recursos públicos, toda vez que los recursos en su totalidad, tanto para la fase de estructuración como las siguientes tienen su origen en capitales privados. Añade que los únicos perjuicios que se hayan podido generar han sido soportados exclusivamente por la sociedad concesionaria y no por el Estado o terceros.

3.1.4. LA SANCIÓN IMPUESTA AGRAVA LA CONDICIÓN DEL CONCESIONARIO

Documento firmado digitalmente

Señala que el fin ulterior de la multa es constreñir al cumplimiento al Contratista incumplido, sin embargo, en el caso bajo estudio, el valor de esta, esto es, USD 200.000, resulta desproporcionada, adicional a que agrava la situación del Concesionario de cara al cumplimiento del contrato, con lo cual, el fin de la medida dista de ser conminatoria, para convertirse en perjudicial.

3.2. RECURSO DE REPOSICIÓN DE LIBERTY SEGUROS

El apoderado de la Aseguradora solicitó reponer la decisión, coadyuvando los argumentos expuestos por el Concesionario y, asimismo, argumentando lo siguiente:

3.2.1 VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO – FALSA MOTIVACIÓN.

Sostiene el apoderado que existe una violación al debido proceso, no porque se hubieren pretermitido etapas y/o garantías procesales, sino porque se negó a los citados conocer claramente la motivación para la imposición de la sanción al tener como base una ambigüedad existente entre el pliego de condiciones y el contrato, así como por la omisión al deber de motivar en debida forma la decisión, esto es por la falsa motivación en que incurrió el Despacho al proferir el acto administrativo recurrido, toda vez que la ANI basó su decisión sobre supuestos que no corresponden a la realidad sobreviniente, y mucho menos en el contrato, como quiera que no solo presumió el incumplimiento, sino que adicionalmente aplicó la responsabilidad objetiva, cuando en su lugar debió realizar un estudio del dolo o la culpa del Contratista.

Añade que, aunque el contrato de concesión se estructura bajo la figura de todo riesgo, no puede de ninguna manera aplicarse una responsabilidad objetiva por la mera realización del resultado (incumplimiento), sin observar los hechos constitutivos de fuerza mayor que han imposibilitado el cumplimiento, los cuales además resultan notorios.

En esa línea, indicó que la decisión censurada pasó por alto circunstancias debidamente probadas, pues arribó a conclusiones equivocadas, así (i) que los costos del proyecto se vieron fuertemente afectados debido al incremento del dólar, pues al día de hoy la TRM sigue en aumento, (ii) que el costo de los materiales como el acero, han presentado variaciones drásticas que rompen con las cargas económicas al interior del contrato, (iii) que en la época de suscripción del Otrosí No. 002 existían restricciones gubernamentales que impedían la ejecución del proyecto, pues los trabajadores no podrían desplazarse a la ejecución de sus actividades, (iv) que la enfermedad de pudrición de cogollo afecta de manera desproporcionada la ejecución del negocio en los términos planteados.

3.2.2 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTÁ PROSCRITA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Señala el apoderado que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano, debiéndose observar la actuación del Concesionario, ya que a su juicio no resulta similar ejecutar un contrato en situaciones normales que con los efectos del COVID-19. Añade que en la decisión recurrida se pasa por alto el análisis respecto de la voluntad del Concesionario (dolo o culpa), quien además no se ha desentendido del negocio jurídico. Agrega que la decisión deberá encontrarse debidamente fundamentada en el incumplimiento de verdaderas obligaciones a cargo del contratista, y no en supuestos.

3.2.3 LA SANCIÓN IMPUESTA AGRAVA LA CONDICIÓN DEL CONCESIONARIO

Señala el apoderado que la multa impuesta resulta gravosa de cara a que el Concesionario dé cumplimiento a la obligación, pues a su juicio elimina toda posibilidad de ejecutar el proyecto.

3.2.4 DESVIACIÓN DE PODER

Documento firmado digitalmente

Indica que de conformidad con el numeral 7º del artículo 24 de la ley 80 del 1993, se tiene que los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión a ella, salvo los de mero trámite, se motivaran en forma detallada y precisa, pues, en otro caso, la administración no actuaría conforme a la Ley. En ese orden, señala que la sanción impuesta no tiene en cuenta la realización de un gran porcentaje de las actividades por parte del Concesionario. Asimismo, sostiene que la administración enunció algunas inconformidades, pero sin reflejar un juicioso estudio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, y sin lograr dilucidar con claridad en qué consisten los motivos de inconformidad, pues, además, no se refiere a ello en forma detallada y concisa.

3.2.5 TRANSPARENCIA

Arguye que el principio de transparencia contemplado en la Ley resulta de obligatoria aplicación desde el inicio del proceso de selección del contratista, hasta la liquidación del contrato, lo cual implica que se debe conservar durante la etapa de ejecución del objeto contractual. En ese sentido, sostiene que la ANI pretende de manera sumaria dar trámite a sanciones administrativas sin hacer la debida observación a los postulados establecidos en la ley y en el contrato de concesión, siendo su intención endilgar una responsabilidad objetiva al contratista sin tener en cuenta las actuaciones que han sido adelantadas por el propio concesionario, persistiendo así una grave violación de las garantías procesales y de la legítima defensa, que configura además una nulidad insalvable que deberá ser alegada, pues queda en entredicho la realización de los principios de contratación administrativa.

3.2.6 PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

Indica que la declaratoria de incumplimiento no tuvo en consideración las actividades adelantadas efectivamente por el Concesionario, resultando de suyo que se imponga una sanción aun cuando los supuestos hechos de incumplimiento no han tenido plena ocurrencia.

Adicionalmente, señala que se debe aplicar en debida forma la proporción al supuesto incumplimiento, pues mal haría la entidad en hacer efectiva la póliza sin determinar objetivamente la responsabilidad respecto de la cuantía que el tomador afianzó, en contraste con la sanción, o el daño que eventualmente haya sido causado a la entidad.

3.2.7 COMPENSACIÓN

El profesional del Derecho solicita en el evento de confirmar hipotéticamente una sanción al contratista, se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor de este.

IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los apoderados del Concesionario y la Aseguradora, el Despacho debe resolver si existe mérito para reponer la resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022 que ha sido impugnada o, si, por el contrario, debe confirmarla.

4.1. EN CUANTO A LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO:

4.1.1. FUERZA MAYOR

Señaló el apoderado que de las pruebas recaudadas durante la actuación es claro que se han presentado circunstancias externas sobrevinientes constitutivas de fuerza mayor que inciden directamente en el contrato, las cuales se han presentado de forma paralela y se han agravado por los efectos del COVID-19, comprometiendo en forma drástica y negativa la viabilidad de la inversión e implicando el rompimiento del equilibrio económico del contrato con graves perjuicios al concesionario. Asimismo,

Documento firmado digitalmente

que, a diferencia de lo sostenido por el Despacho, lo imprevisible o irresistible de los hechos constitutivos de fuerza mayor no son las causas de estos sino sus consecuencias, las cuales en el caso concreto resultan completamente irresistibles para el Concesionario.

Como circunstancias constitutivas de fuerza mayor expuso las siguientes: (i) Inusitado incremento de costos de construcción, (ii) Reducción del volumen de producción por enfermedad de pudrición de cogollo, y (iii) Incremento de precios del dólar.

Apuntalado lo anterior, previo a abordar el asunto, observa el Despacho que el garante se pronunció en idéntico sentido, por tanto, el análisis sobre el particular tendrá vocación de resolver lo manifestado por ambos apoderados.

Analizado el argumento, es claro que se persigue la configuración de la eximente de responsabilidad de fuerza mayor o caso fortuito, con base en la imposibilidad de ejecución del plan de inversiones a partir del incremento en los costos de construcción, la afectación por enfermedad de pudrición del cogollo y el incremento del precio del dólar.

En ese orden, resulta pertinente recordar que, en el acto administrativo discutido, con total acierto se estableció lo siguiente en torno a la fuerza mayor o caso fortuito como eximente de responsabilidad:

> *"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.*

En línea con lo anterior, debe tenerse en cuenta lo expuesto por el Consejo de Estado[1] al respecto de la fuerza mayor, 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...".*
>
> *De lo anterior, se deduce claramente 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*
>
> *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;*

[1] Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 30 de septiembre de 2014, Radicación 11001-03-15-000-2009-00415-00, C.P, GUSTAVO EDUARDO GOMEZ ARANGUREN

Documento firmado digitalmente

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.

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. Dice la jurisprudencia ya referenciada "cuando el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor"

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, los cuales deben analizarse respecto de cada caso en concreto:

a. El referente a su normalidad y frecuencia
b. El atinente a la probabilidad de su realización
c. El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo

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. También implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos".

Apuntalado lo anterior se impone abordar cada uno de los hechos expuestos por el apoderado en aras de establecer a partir del material probatorio si existen o no los presupuestos que configuren el eximente de responsabilidad deprecado, no sin antes advertir de entrada que no le asiste la razón cuando afirma que el Despacho realizó un estudio de los hechos a partir de las causas de los mismos cuando en su lugar debió ser de las consecuencias de estos, pues como se verá a continuación, el análisis no se realizó a partir de la mera existencia del COVID-19, sino también de sus efectos que ya conocía el Concesionario en la época en que revalidó el negocio jurídico.

- **Inusitado incremento de costos de construcción e incremento en la TRM del dólar**

Resaltó el apoderado que del testimonio de Jorge Abisambra se tiene que los costos de construcción presentaron un incremento del 62%, impactados fundamentalmente por los precios del concreto, aceros y tuberías, frente al valor inicial del proyecto, lo cual resulta insoportable en términos financieros para el Concesionario. Adicionalmente indicó que de dicho testimonio se tiene que los efectos del COVID-19 en los costos de los materiales son condiciones de mercado no observadas en los últimos 40 años.

Añadió que los costos de construcción del proyecto variaron drásticamente desde el año 2020 pues pasaron de USD 11.361.298,44 en el año 2016 a USD 16.587.606,47 a febrero de 2022. Asimismo, indicó que, para septiembre de 2020, momento en el cual se suscribió el Otrosí No. 002 se presentaba una situación de incertidumbre producto del COVID-19, en la cual el Concesionario adicionalmente soportaba las condiciones iniciales del contrato de concesión, debiendo optar por la suscripción de la modificación. Resaltó que el proyecto fue estructurado en el 2009 y solamente

Documento firmado digitalmente

aprobado para el año 2015, mientras que su reestructuración fue propuesta para el 2016 y solamente aprobada en 2020, con lo cual, las situaciones generadas afectan el equilibrio económico del contrato.

Por tratarse de temas directamente relacionados, en este acápite el Despacho también analizará lo expuesto frente al incremento de los precios del dólar y su afectación al contrato, sobre lo cual indicó el apoderado que, de conformidad con el testimonio de William Granados, es claro que se ha presentado un incremento desbordado en los costos del proyecto a partir de la TRM producto de la pandemia del COVID-19, pues su valor se ubica muy superior a la previsión realizada en el Otrosí No. 002. Añade que en el año 2020 y 2021 su valor era de $4.000, el cual desbordó las previsiones de $2600 a $3400 tenidas en cuenta en el 2016, fecha en la que se rediseñó el proyecto. Asimismo, indicó que el modelo financiero del Otrosí No. 002 previó un precio de la divisa de $3.772,43, el cual se ha visto superado ampliamente, pues actualmente se ubica en un valor superior a los $4.600.

Reseñado el marco de la censura, resulta del caso recordar que tal como se expuso en la decisión discutida, de conformidad con los elementos de convicción documentales denominados *"4. Grafico (sic) incremento de precios acero Colombia (La Republica Julio 6-2021).pdf", "TO033-2022 SOC PORT las américas", "6.TRM IMPACTO.pdf", "TO034-2022 SOC PORT las américas", "TO035-2022 SOC PORT las américas", "2016 ConciseReport (Items traducidos).pdf", "TO083-2022 TERLICA.pdf", "TO084-2022 TERLICA.pdf"* y *"TO085-2022 TERLICA.pdf"*, es claro para el Despacho que a través de estos se acreditó 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 para el Concesionario.

Asimismo, del testimonio del señor Jorge Guillermo Abisambra Valencia quien es el ingeniero civil consultor para el diseño y construcción de la terminal portuaria, acertadamente en la decisión discutida se extrajo 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, (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, alrededor de la afectación por causa de la TRM, se practicó el testimonio del señor William Enrique Granados Codina, profesional en finanzas del proyecto, del cual en la decisión recurrida se resaltó 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 modelo financiero del otrosí No. 002 se trabajó con el acompañamiento de la Vicepresidencia Financiera de la ANI, (vi) La TRM empleada para el Otrosí No. 2 se tomó a partir de los valores del dólar*

Documento firmado digitalmente

en los meses de julio y agosto de 2020, (vii) El Concesionario no adoptó ninguna medida a efectos de mitigar el riesgo cambiario a su cargo."

En ese estado, analizados en conjunto los anteriores elementos de prueba, para el Despacho resulta claro que efectivamente se ha presentado una alteración respecto de las condiciones económicas del mercado, en virtud de la aparición del COVID-19 y sus efectos.

No obstante, 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 vínculo contractual sino para el mundo entero. No obstante, como se puso de presente en la decisión recurrida, y a diferencia de lo sostenido por el apoderado, la imprevisibilidad de este y sus efectos no resultan predicables al caso bajo estudio, pues ya eran conocidos por las partes al acordar el Otrosí No. 002, tal como se pasará a explicar.

El Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, 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 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, fecha que resulta muy posterior a la aparición del COVID-19 y la emergencia sanitaria declarada a partir de este, pues, la OMS declaró el 11 de marzo de 2020 al COVID -19 como pandemia y el 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró en Colombia 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.

Asimismo, en virtud 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: (i) el Decreto 457 del 22 de marzo de 2020, el cual en su artículo 3°, numeral 16, indicó 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, "*Las actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga", (ii)* el Decreto 531 del 8 de abril de 2020, el cual 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: "*(...) 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, y 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 "*

A partir de lo anterior, el Despacho evidencia que la declaración del COVID-19 como pandemia y sus restricciones fueron muy anteriores a la firma del Otrosí No. 002 toda vez que, habían transcurrido más de seis (6) meses desde la declaratoria de la emergencia, plazo durante el cual se observaron las más fuertes restricciones y

Documento firmado digitalmente
GTEC

variaciones, por tanto, es claro que tanto el fenómeno del COVID 19 como sus consecuencias carecen de imprevisibilidad respecto del Concesionario pues fueron tenidos en cuenta por este y la ANI para la suscripción del Otrosí 002, tal como se pasará a explicar.

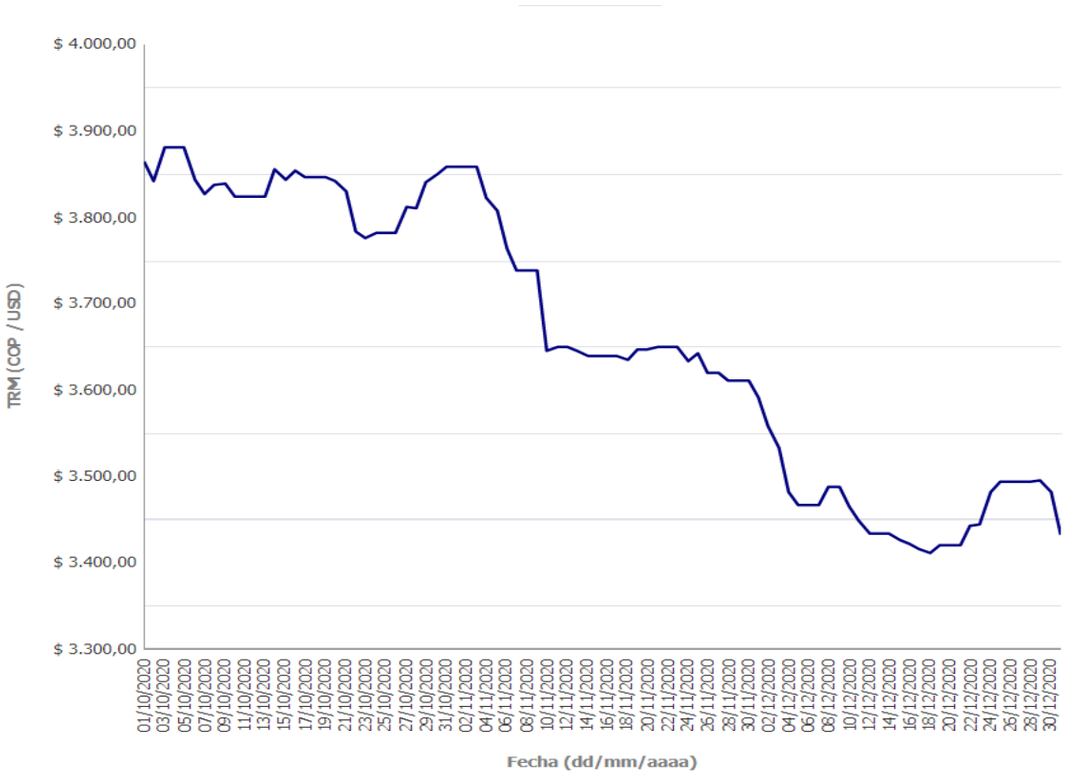
Sea lo primero destacar que si bien el apoderado indica que los costos de construcción del proyecto variaron en un 62%, pues pasaron de USD 11.361.298,44 en el año 2016 a USD 16.587.606,47 a febrero de 2022, es necesario poner de relieve que la comparación propuesta por el apoderado no resulta de recibo por las siguientes razones: (i) La revalidación del negocio jurídico a través del Otrosí No. 002 de 2020 se produjo el 30 de septiembre de 2020, fecha en la que se estableció que el plan de inversiones ascendía a USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015, con lo cual, es claro que la variación de mercado no afectó el costo de las inversiones en la proporción afirmada, sino en una mucho menor, pues el compromiso de inversiones del Concesionario no ascendió de USD 11.361.298,44 sino de USD 13.326.731, (ii) La fecha propuesta por el apoderado para realizar la comparación (febrero de 2022) no resulta ajustada frente a la exigibilidad de la obligación reprochada toda vez que, las inversiones debieron realizarse de octubre a diciembre de 2020, siendo decisión del Concesionario no realizar las inversiones para la época en que se acordaron, (iii) Del testimonio del señor William Enrique Granados, se tiene que el modelo financiero del Otrosí No. 002 se trabajó con el acompañamiento de la Vicepresidencia Financiera de la ANI, teniéndose como referencia la TRM de los meses de julio y agosto de 2020, lo cual fundamenta que el valor del plan de inversiones haya aumentado no solo por el reajuste de las especificaciones técnicas del proyecto, sino porque para su estructuración se observaron las variaciones de mercado generadas por los efectos del COVID-19..

Aunado a lo anterior, es pertinente poner de relieve que por ejemplo en lo tocante al 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[2], con lo cual es claro que a la fecha del Otrosí No. 002, el Concesionario como diseñador del proyecto ya conocía las múltiples fluctuaciones en la TRM (más de 600 pesos en 6 meses) y las condiciones de mercado, decidiendo por voluntad propia reestructurar el negocio jurídico en las condiciones que se llevó a cabo.

En la misma dirección, cabe destacar que la obligación reprochada corresponde a la ejecución del plan de inversiones para el año 2020 (Octubre – Diciembre), con lo cual conviene traer a colación las TRM registradas para la época en que el Concesionario debió llevar a cabo las inversiones, así:

[2] 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



Fuente: 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

Como se observa de lo anterior, salta a simple vista que durante la época en que el Concesionario debió llevar a cabo las inversiones del año 2020, la TRM se ubicó incluso por debajo de la tenida en cuenta para el Otrosí No. 2 ($3.772,43), pues se advierte un valor mínimo de $ 3.410,82 el 18 de diciembre de 2022 y un promedio durante el último trimestre de 2020 de $ 3.661,59, con lo cual, resulta claro que en el evento en que el Concesionario hubiese decidido ejecutar las inversiones del año 1, como era su obligación, entre octubre y diciembre de 2020, no solo no habría tenido problemas relacionados con el incremento del precio del dólar, sino que incluso se habría visto beneficiado.

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 pretenden el Apoderado del Concesionario y el del garante, 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), sumado a que las condiciones de TRM se mantuvieron estables, e incluso inferiores a las proyectadas para el Otrosí durante el plazo en el cual el Concesionario debió haber satisfecho la obligación, esto es, de octubre a diciembre de 2020.

En ese estado, frente a lo alegado por el Concesionario en torno a que a la fecha del Otrosí No. 002 soportaba las condiciones iniciales del contrato de concesión, debiendo optar por la suscripción de la modificación, es necesario llamar la atención acerca de la teoría de los actos propios o *"venire contra factum proprium non valet"*, según la cual, la conducta anterior de una parte le vincula para sus actos posteriores sin resultarle posible su desconocimiento, toda vez que bajo ningún escenario resulta dable aceptar argumentaciones del Concesionario que pretendan ir en contra de lo acordado en el Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, que por demás, surgió en virtud de su propia solicitud de modificación del negocio.

Al respecto de la teoría de los actos propios, resulta del caso traer a colación el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

Documento firmado digitalmente

> *"Para el caso sub judice vale la pena concentrar la atención en la doctrina de los actos propios o "venire contra factum proprium non valet" en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada.*
>
> *En este sentido, la doctrina ha considerado que este reproche radica en el hecho de alzarse contra la buena fe objetiva, ya que "cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones", nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, como arriba se vio, de modo tal que podría decirse, sin incurrir en equivoco alguno, que quien obra en sentido contrario a su actuar antecedente quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica (en este caso judicial), es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, en creces, el ámbito negocial siendo evidente su observancia también en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales[3] y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica"[4].*

De igual manera, tal como se acotó en la decisión recurrida, es necesario precisar que las inversiones debieron realizarse de octubre a diciembre de 2020, periodo en el cual la TRM resultaba más favorable, por lo que, bajo ningún escenario resulta de recibo lo expuesto por el Concesionario en torno a que a febrero de 2022 el costo de las inversiones se ha elevado, pues en la época en que debió hacerlo no lo hizo, resultando de suyo que deba aplicarse el principio de *"Nemo auditur proprium turpitudinem allegans"*[5], según el cual nadie puede alegar su propia culpa en su favor.

Anotado lo anterior, cabe destacar el siguiente pronunciamiento en torno a los requisitos de la imposibilidad en el cumplimiento de las obligaciones:

> *"Pero no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o sorteados a través de otros mecanismos desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos"*[6]

De contera es evidente para esta Gerencia que, si bien es cierto que existieron situaciones de variación en la TRM y de mercado que afectaron el costo total del proyecto, es necesario destacar que estas ya se observaban previo a la suscripción del Otrosí No. 002. Adicionalmente, se resalta que la TRM resultó más favorable durante el último trimestre de 2020, periodo en el cual el Concesionario debió ejecutar las inversiones programadas, con lo cual, alegar que el costo del proyecto a febrero de 2022 hace imposible su ejecución y pretender estructurar a partir de allí una

---

[3] Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-475 de 1992, C-836 de 2001, entre otras. Precisamente en esta última se dijo: "10. (…) En efecto, si esta máxima [la del venire contra factum proprium] se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial

[4] Consejo de Estado, Sección III, Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2015, radicado: 11001-03-26-000-2015-00031-00 (53165), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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

[6] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Documento firmado digitalmente

circunstancia de fuerza mayor, resulta completamente desacertado, pues es claro que fue el Concesionario el único y directo responsable de no ejecutar las inversiones en el plazo acordado, resultándole imposible alegar a su favor la propia culpa.

En ese estado, conviene recordar que, tal como se expuso en la decisión censurada, si bien es cierto que se ha presentado una alteración respecto de las condiciones económicas del mercado que influyen en el plan de inversiones, las mismas no solo no tienen la magnitud alegada por el apoderado, sino que además deben aprehenderse de conformidad con la figura contractual de concesión y lo establecido en la cláusula 17 del Contrato, las cuales llevan a la inequívoca conclusión de que es el Concesionario quien debe soportar las consecuencias de los riesgos económicos.

En ese orden, tal como se anotó en la decisión objeto de censura, el numeral 4, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disciplina lo relacionado con los contratos de concesión, teniéndose por tal, aquel vínculo 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[7].

Anotado 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 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****.*

[7] *"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".* Tribunal arbitral de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura SA Vs Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 16 de febrero de 2022. Árbitros Arturo Solarte Rodríguez, José Alejandro Bonivento Fernández y Alier Eduardo Hernández Enríquez.

Documento firmado digitalmente

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.

(…)

l. ***Los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las Obras****, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este contrato".*

(…)

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 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, y los retrasos en las obras, entre otros.

Así las cosas, 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 o menor 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. Adicionalmente, se resalta que fue el Concesionario quien no ejecutó las inversiones en la época en que el Otrosí No. 002 así lo exigió, debiendo por ende soportar la materialización de los riesgos por el retraso en las obras, tal como se dispuso en el literal l)[8] de la cláusula 17.1 del Contrato.

[8] *"l. Los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las Obras, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este Contrato."*

Documento firmado digitalmente

A partir de todo lo expuesto y en línea con lo señalado en la resolución discutida, 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 y muy particularmente para la ejecución del Plan de Inversiones del año 2020, no resultó imprevisible toda vez que, las modificaciones introducidas en el vínculo a través del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 que tienen alcance en las obligaciones que hoy se reprochan, fueron muy posteriores a la aparición del COVID 19, 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 en 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 para el vínculo, 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] y que hoy no puede desconocer ni contradecir.

De remate, es claro que el COVID-19 y sus efectos, puntualmente el referido al incremento del dólar, no puede estructurarse como un evento eximente de responsabilidad que releve al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones, ya que como se explicó, durante gran parte del periodo en que se debió satisfacer la obligación presentó una TRM mucho más favorable de lo esperado, adicional a que la variación en la misma, en virtud de la distribución de riesgos, es un hecho que debe ser asumido por el Concesionario, junto con las consecuencias por el retraso en las Obras.

Finalmente, en lo que respecta a la afectación del equilibrio económico del contrato de Concesión a partir del incremento en la TRM y en los costos de los materiales de construcción, recuerda este Despacho que dicha figura ha sido ampliamente desarrollada por el Consejo de Estado, entendiéndola como uno de los diversos mecanismos para conjurar aquellos factores o contingencias que puedan determinar la inejecución de lo pactado, de tal manera que al mantenerse el valor real durante el plazo negocial, el contratista pueda cumplir con sus obligaciones y se satisfaga entonces el interés general mediante la prestación del servicio público.

Al respecto de la referida figura, conviene traer a colación el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado:

> *"la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse"*[10].

Sobre los presupuestos para la configuración de este, la misma Corporación señaló:

> *"Bajo el anterior marco fáctico probado, la Sala considera que el Tribunal a quo erró cuando concluyó que se configuró el desequilibrio financiero alegado por la sociedad actora, dado que, como atrás se explicó tanto la*

[9] En la cláusula décima 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.

[10] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.

Documento firmado digitalmente
GTEC

teoría del hecho del príncipe como la de ***la imprevisión, exigen que se acrediten ciertos presupuestos comunes: primero, que la medida o hecho que las origina sea imprevisto, esto es, que al momento de la celebración del contrato no se pudiera prever la ocurrencia del suceso que afecta la economía del contrato; y segundo, que a una de las partes del contrato le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligada a soportar, es decir, la demostración de la alteración extraordinaria y anormal en la economía del contrato****"*[11] (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En línea con lo anterior, la misma Corporación sostuvo:

"Luego, el restablecimiento del equilibrio económico más que proteger el interés individual del contratista, lo que ampara fundamentalmente es el interés público que se persigue satisfacer con la ejecución del contrato.

Por otra parte, las circunstancias determinantes de la alteración del equilibrio económico del contrato, como suficientemente se sabe, pueden derivarse de hechos o actos imputables a la Administración o al contratista, como partes del contrato, que configuren un incumplimiento de sus obligaciones, de actos generales del Estado (hecho del príncipe) o de circunstancias imprevistas, posteriores a la celebración del contrato y no imputables a ninguna de las partes.

Sin embargo, ***debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales***"[12]. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Posteriormente, el máximo órgano de cierre de lo contencioso administrativo revalidó su posición así:

"Por otra parte, tal como lo ha sostenido esta Subsección, las causas del desequilibrio económico se configuran con independencia de que el contrato haya sido debidamente planeado y de que las partes se encuentren cumpliendo las obligaciones, ***el desequilibrio obedece a hechos imprevistos o previsibles pero superiores a los riesgos asignados, que generan la ruptura de la ecuación económica que se definió al momento de la celebración del contrato****"*[13] (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en lo que concierne a la modificación del contrato por el rompimiento de la ecuación económica del contrato de concesión, la Corte Constitucional desde vieja data enseñó:

"En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, ***la Sala nuevamente resalta que la modificación debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista****. Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado. En el mismo*

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, expediente 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990), C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO

[12] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, expediente 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855), C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

[13] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2019, expediente 25000-23-36-000-2013-02029-01(59309), C.P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Documento firmado digitalmente

sentido, ***es necesario destacar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de julio de 2009, en la que se precisó además que no debe tratarse de riesgos que hayan sido expresamente asumidos por el contratista****"*[14] (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Apuntalado lo anterior, es claro que el desequilibrio económico del contrato no se produce por una mera mayor onerosidad en la ejecución del contrato, sino que demanda cargas excesivas y exageradas a una de las partes a partir de hechos imprevisibles o previsibles pero superiores a los estimados, así como que NO emane de un riesgo asumido por la parte que lo alega.

En ese orden, los anteriores requisitos son los que precisamente se extrañan en el caso bajo estudio, toda vez que: (i) El Concesionario desde la firma del contrato asumió 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 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, y los retrasos en las obras, (ii) La variación de la TRM y el incremento de los costos de materiales de construcción fueron riesgos asumidos, revalidados y tenidos en cuenta por el Concesionario para la estructuración del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, (iii) El Concesionario pretende alegar el desequilibrio económico del contrato cuando por voluntad propia decidió no ejecutar las inversiones en el plazo acordado (Octubre a diciembre de 2020), periodo en el cual la TRM le resultaba más favorable de la prevista en el Otrosí No. 002, (iv) El incremento en el costo de las inversiones no asciende a la proporción señalada por el apoderado ni mucho menos resulta imprevisible, toda vez que el valor real del proyecto fue el plasmado en el Otrosí No. 002 de 2020, para el cual, según el plenario, se tuvo en cuenta el comportamiento de la TRM y de los costos de mercado a esa fecha, ya alterados por el COVID-19.

Así las cosas, con meridiana claridad solar se concluye que el análisis del hecho como posible estructurador de una fuerza mayor no solo se realizó desde la existencia de este, sino desde sus consecuencias, con lo cual, la argumentación vertida por el Apoderado del Concesionario no cuenta con vocación a prosperar, debiéndose despachar desfavorablemente.

- **Reducción del volumen de producción por enfermedad de pudrición de cogollo**.

Indica el apoderado que, de los elementos de convicción aportados, entre ellos el testimonio de Juan Carlos Lara González se tiene que, si bien la enfermedad de pudrición de cogollo se conoce en el país desde hace 30 años, la aparición de un nuevo patógeno resultó completamente imprevisible y diferente a todo lo antes visto, especialmente en la zona norte, con lo cual es claro que, si bien se conocía del fenómeno, sus consecuencias resultaron completamente desconocidas. Resaltó que de la existencia de este nuevo patógeno solamente se conoció en el año 2020, esto es, de forma paralela con la firma del Otrosí No. 002. Añadió que la solución a esta problemática es la resiembra de la planta, lo cual demanda años de recuperación para la producción y por ende de afectación para el Concesionario.

Añadió a modo de ilustración la situación vivida por CI BIOCOSTA y la Sociedad Portuaria de Santa Marta respecto de las condiciones del negocio de movilización de aceite de palma en virtud de la afectación por la enfermedad de pudrición de cogollo luego de la inversión de 12.000 millones de COP y que luego debió someterse al proceso de insolvencia debido a los bajos rendimientos.

Finalmente, indicó que la potencialidad de exportación de hidrocarburos corresponde, en los términos planteados en el mismo proyecto portuario, a una opción que se habilitaría varios años después de entrar en funcionamiento en tanto que la vocación

[14] Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, MP. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Documento firmado digitalmente

natural del puerto sería para la exportación de aceite de palma, sumado al hecho que el sector minero energético viene decayendo en sus exportaciones y no representa la opción comercial viable para compensar la inversión en el proyecto.

Analizada la argumentación vertida, sea lo primero poner de relieve el siguiente pronunciamiento en cuanto a la necesaria relación entre el hecho constitutivo de fuerza mayor y la obligación que debe existir:

> *"**La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor,** en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.*
>
> *La fuerza mayor se produce, como se indicó, **cuando el hecho exógeno** a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual**, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados**[15].*
>
> *La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista"[16].* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que la fuerza mayor es el hecho o circunstancia imprevisto, extraño a la voluntad del obligado, que éste no ha podido prever ni impedir, y lo coloca en la imposibilidad de cumplir sus obligaciones, por ende, resulta evidente que debe existir una relación directa entre el hecho alegado y la obligación que se pretende excusar, pues de lo contrario no resulta dable aplicar los efectos exonerativos.

Así las cosas, a priori observa el Despacho que la enfermedad de pudrición de cogollo no guarda relación directa con la obligación reprochada como incumplida, pues 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, el cual fue referido en el acto recurrido y del que a folio 49 se indica lo siguiente:

> *"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*

[15] Así lo señala Gastón Jeze cuando afirma que "Si hay simplemente dificultad aunque sea grave o si para obtener la ejecución puntual se necesitan gastos mayores no hay fuerza mayor.", Principios Generales del Derecho Administrativo; Buenos Aires; Editorial de Palma, 1950; tomo IV, pág. 296 (Original del fallo que se cita).

[16] Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.

Documento firmado digitalmente
GTEC

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 Compra 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	-

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, (…) evidenciando igualmente que se proyectó empezar a recibir ingresos por movimiento de carga ***después de terminar las inversiones en el año 2022".***

En línea con lo expuesto, es necesario poner de relieve el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado en torno a la relación de imposibilidad que debe suponer el hecho alegado:

> *"De esta forma, la imposibilidad o "impossibilitas" es la situación en la que se encuentra el deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y le era exigible por el acreedor en los términos en los que se obligó, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste* ***por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable****, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía*[17] *y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo"*[18]*.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En ese orden, es claro que el hecho alegado debería impedir o imposibilitar al Concesionario para ejecutar las inversiones del año 2020, lo cual es precisamente lo que se extraña, pues como se anotó, no existe ninguna relación directa entre la enfermedad de pudrición de cogollo y las obligaciones de compra y fabricación de obras civiles, con lo cual es claro que la argumentación del apoderado no se encuentra llamada a prosperar.

No obstante, el Despacho considera pertinente reiterar lo señalado en el acto recurrido al hacer un repaso del acervo probatorio recaudado en la actuación respecto de la afectación de la obligación reprochada producto de la enfermedad de pudrición de cogollo, así:

De conformidad con lo expuesto en la decisión objeto de censura, de las documentales *"5. SITUACIÓN FITOSANITARIA ENFERMEDAD PC IMPACTO EN PRODUCCION DE AC DE PALMA.pdf"* y *"SITUACIÓN PC ZONA NORTE NOV 20 2021.pdf", "INFORME GIRA ZONA*

[17] Al respecto se ha señalado que "Las dificultades económicas se encuentran excluidas de plano como razón justificadora de la inejecución. El deudor no puede alegar en su defensa la penuria o la iliquidez en que se encuentra, aparte del motivo por el cual llegó a ese estado; y en lo que respecta a la excesiva onerosidad, habría de alegarla con miras a la reducción de su carga, de modo de que con el reequilibrio prestacional se mantenga en pie la relación contractual o, en su defecto, se proceda a la terminación de ésta" en Hinestroza Fernando en "Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes", Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 786 y 787.

[18] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Documento firmado digitalmente

NORTE MESA PC JD 20211108.pdf",“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",* 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 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".*

Asimismo, del testimonio del señor Juan Carlos Lara González, tal como se expuso en la resolución atacada, conviene destacar 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 (vi) La producción de aceite de palma a partir de una semilla hibrida ha iniciado desde los dos años y medio".*

De contera, observa el Despacho 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, tal como se anunció inicialmente y como se dejó plasmado en la Resolución recurrida, no existe una relación de imposibilidad entre dicha enfermedad de pudrición del cogollo y la obligación de compra y fabricación de obras civiles a cargo del Concesionario, pues se pregunta el Despacho, ¿cómo puede la enfermedad de pudrición de cogollo, lo cual afecta la carga movilizada en el puerto, imposibilitar al Concesionario para realizar las obras y compras que contractualmente debía realizar incluso antes de empezar a recibir ingresos por la carga movilizada en el puerto?, obteniendo como respuesta que efectivamente, no hay ninguna relación de conexidad entre la obligación reprochada y el hecho alegado.

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que la 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, adicional a que fue en el mismo 2020 donde se identificó que el patógeno era más agresivo. Asimismo, nótese que, de conformidad con los elementos de convicción, la producción de aceite de palma prevé un incremento paulatino desde el año 2022, época en la cual el Concesionario debía haber finalizado las inversiones para dar inicio de la fase de operación.

Ahora bien, en lo que concierne a la situación vivida por CI BIOCOSTA y la Sociedad Portuaria de Santa Marta, advierte el Despacho que no se aporta ningún elemento nuevo frente a la argumentación resuelta en la decisión discutida, por lo que un análisis de las documentales *"7. Volumenes (sic) movilizados por Tks de SPSM. 2017-2021.pdf"., "Volúmenes movilizados a través de la planta de tanques de graneles líquidos de SPSM", y "8. Auto de admision (sic) negociacion (sic) de emergencia CI Biocosta.pdf",* permite arribar a la misma conclusión, esto es, que las situaciones en las que se han visto envueltas la Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta y La sociedad C.I. BIOCOSTA S.A no guardan relación directa con la Sociedad Portuaria Terminal de las

Documento firmado digitalmente

Américas, así como que aquellas no resultan en ningún caso equiparables, toda vez que se encuentran en operación, mientras que el Concesionario no ha dado inicio a la fase de construcción.

Finalmente, en lo que corresponde a que la exportación de hidrocarburos es una opción que se habilitaría varios años después de entrar en funcionamiento el proyecto portuario, de entrada advierte el Despacho que lo afirmado por el apoderado se contrapone con el modelo financiero que fundamentó el Otrosí No. 002 toda vez que, en aquel se observa que la movilización de carga de hidrocarburos se proyectaba a partir del año 2023, creciendo a una tasa del 7% anual hasta una capacidad máxima de 131.275 toneladas, que se alcanzarán en el año 2038, por ende, si la ejecución del plan de inversiones y fase de construcción debía finalizar en el mes de abril de 2022, no eran años, tal como lo afirma, aunado a que la movilización de hidrocarburos se incluyó previendo un descenso a partir del año 2025 de aceite de palma. Al respecto de lo expuesto, conviene poner de presente lo resuelto por la Agencia en el oficio ANI 20213030072791 del 12 de marzo de 2021, así:

> *"Sobre este punto, llama la atención que el concesionario en el marco del proceso de modificación del contrato de concesión hizo entrega del Modelo Financiero donde se encuentra el cronograma detallado de las inversiones a ejecutar a través de comunicación No. 2020-409-059320-2 de fecha 7 de julio de 2020, en el que se observa que el puerto proyectó manejar dos tipos de carga: granel líquido e hidrocarburos, evidenciando en el modelo financiero que la carga de hidrocarburos se proyecta a comenzar su movilización a partir del año 2023, creciendo a una tasa del 7% anual hasta una capacidad máxima de 131.275 toneladas, que se alcanzarán en el año 2038. En cuanto al granel líquido, compuesto principalmente por aceite de palma, el Concesionario proyectó una carga inicial para el año 2022, de 446.000 toneladas y con un crecimiento anual de 7% hasta un máximo en el año 2025 con una movilización de 489.124,18 toneladas, disminuyendo posteriormente. Tal como se evidencia la movilización de granel liquido (aceite de palma) fue proyectada que iniciaría desde el año 2022 por lo tanto actualmente la enfermedad Pudrición del Cogollo (PC) no afecta dicha movilización.*
>
> *Adicionalmente se evidencia que la disminución de granel líquido se compenso en el Otrosí No. 2 de 2020 con un aumento año a año de la capacidad de movilización de hidrocarburos, manteniendo así una capacidad máxima de 418.725 tonelada a 550.000 toneladas año, argumentado por el concesionario en virtud a la "nueva infraestructura que moderniza el cargue en cuanto a velocidades de la misma que nos lleva a una mayor rotación y por ende aumentar la capacidad". Para los años 2022 y 2046, las cargas proyectadas corresponden a una fracción del año, para 2022 se tiene en cuenta que se comienza a movilizar carga después de terminar las inversiones (por lo tanto, si no se inicia la ejecución del Plan de Inversiones no se tendrá la infraestructura Portuaria que garantice la operación del terminal portuario) y para 2046 se tiene en cuenta el momento en que se termina la Concesión (14/04/2046).*
> *(…)*
>
> *Como se puede observar el contrato de concesión está habilitada para manejar diferentes tipos de graneles líquidos tales como el aceite de palma, crudo, e hidrocarburos derivados del petróleo, los cuales y de acuerdo con lo descrito en el Contrato y sus otrosíes se manejarán por ductos diferentes".*

De remate, resulta imperioso señalar que las situaciones expuestas por el Concesionario en este apartado hacen referencia a la operación de la terminal portuaria, por tanto, resulta evidente que carece de asidero jurídico, toda vez que el proyecto aún se encuentra en fase de construcción con una inversión de cero (0) dólares, siendo esta última la única causa de la imposibilidad de operar la terminal portuaria.

En ese orden, es claro que lo expuesto por el apoderado no ostenta el mérito suficiente para constituirse como un eximente de responsabilidad para el Concesionario eximirse de su responsabilidad por el incumplimiento a su obligación de cumplir con el plan de Inversiones año 1.

Documento firmado digitalmente

4.1.2 NO SE HAN AFECTADO INTERESES GENERALES NI PARALIZADO EL SERVICIO PÚBLICO

El apoderado del Concesionario indicó que la presente investigación tiene su fundamento legal en disposiciones para prevenir y combatir la corrupción en la contratación pública (CAPÍTULO VII de la Ley 1474 de 2011), remarcando que la falta de ejecución del plan de inversiones no ha ocasionado afectación grave del servicio público a satisfacer, ni a las necesidades de la comunidad en general, ni ha conllevado al incumplimiento de los fines estatales, pues los sectores productivos de palma de aceite y biocombustibles no se han visto afectados. Además, recuerda que el origen del contrato no fue la necesidad de una comunidad focalizada por el Estado, sino la iniciativa de empresarios particulares, con lo cual es claro que no existe una afectación por la falta de inversión.

Analizado lo expuesto, advierte el Despacho que la argumentación del profesional del Derecho se dirige a minar los cimientos del presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual, no obstante, de entrada debe afirmarse que no le asiste la razón al apoderado, toda vez que si bien los contratos estatales son contratos, no son iguales a los contratos que celebran los particulares, pues su celebración se ve condicionada por el cumplimiento de los fines del Estado previstos Constitucional y Legalmente. Así, el artículo 2 de la Carta Política establece los fines esenciales del Estado y el artículo 3 de la Ley 80 de 1993 exige a los servidores públicos considerar estos fines al momento de celebrar y de ejecutar los contratos estatales[19].

De conformidad con lo anterior, se tiene que la finalidad de los contratos estatales afecta de manera directa tanto los derechos como los deberes de las entidades estatales y de los contratistas, especialmente a las primeras, dado que son las principales responsables de cumplir con los fines esenciales del Estado. En ese orden, su tarea frente a la celebración y a la ejecución de los contratos implica una responsabilidad especial de cara a garantizar la satisfacción de la necesidad que originó el vínculo negocial.

Ahora bien, el procedimiento administrativo sancionatorio contractual se regula en el artículo 86[20] de la Ley 1474 de 2011[21], en el cual se establece como único presupuesto para su inicio, la evidencia de una situación de posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, sin referirse a situaciones como las planteadas en el recurso (paralización o afectación grave del servicio público, generación de perjuicios,) .

Aunado a lo anterior, es necesario poner de relieve que el procedimiento de que trata el artículo 86, tal como puede observarse en el informe de ponencia[22], fue concebido con una doble finalidad: (i) Luchar contra la corrupción y (ii) Dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento. En ese orden, es claro que la Ley 1474 de 2011 no solamente se profirió para fortalecer los mecanismos de

---

[19] Corte Constitucional, Sentencia C-499 de 2015, M.P Mauricio González Cuervo

[20] ***Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento.****Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento:*

a) Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. (...)

[21] Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

[22] "*B. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para premiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento*".

Documento firmado digitalmente

anticorrupción, sino también los de control de gestión pública, tales como las correcciones en la ejecución de los contratos estatales.

Siguiendo la línea que se trae, es claro que la facultad otorgada a la administración en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se activa cuando se evidencia un presunto incumplimiento con el fin de conminar el cumplimiento de la respectiva obligación, y de no lograrse tal finalidad, declarar el incumplimiento para corregir la ejecución contractual, resultando entonces que, el marco obligacional exigible al contratista está predeterminado por el mismo contrato, el cual, según lo dispuesto por los artículos 1602[23] y siguientes del Código Civil, es fuente de obligaciones[24] y Ley para sus contratantes, obligándose estos a su cumplimiento de buena fe.

Al respecto, el Consejo de Estado se pronunció en el siguiente sentido:

> *"En virtud del contrato bilateral cada una de las partes se obliga para con la otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa inmediatamente, al vencerse un plazo o al ocurrir alguna condición, de conformidad con los términos de la estipulación (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil). Por* ***él cada contratante acude a prestar su consentimiento en la confianza en que la otra ejecutará las obligaciones recíprocas acordadas al tenor del contrato y en el tiempo debido. Empero, sucede que en ocasiones una de las partes se sustrae del compromiso y no satisface su obligación para con el otro al tiempo de su pago, incurriendo en un incumplimiento, vicisitud que se traduce en una obligación frustrada por obra de uno de los sujetos del vínculo y que por tal motivo es sancionada por el ordenamiento jurídico****.*
>
> *En efecto,* ***el contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes*** *y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales.* ***En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial, lo que significa que los contratantes en miras de satisfacer la función práctica, económica y social para el cual está instituido el tipo contractual por ellas elegido, deben actuar en forma leal y honesta, conforme a las exigencias de corrección y probidad y la ética media imperante en la sociedad, y sin abuso de sus derechos****"*[25]*.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De contera, es claro entonces que el contrato resulta obligatorio para las partes, no sólo respecto de lo que expresamente se dispone, sino sobre todas las cosas que emanan de la naturaleza de las obligaciones o que por Ley les pertenecen a ellas.

En esa línea, cabe anotar que en el caso sub examine, es evidente que ante una situación de presunto incumplimiento de una de las principales obligaciones a cargo del

---

[23] 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.

[24] ARTICULO 1494. <FUENTE DE LAS OBLIGACIONES>. Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia.
ARTICULO 1495. <DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>. Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.

[25] Consejo de Estado, Sección tercera, Sentencia del 22 de julio de 2009, Exp 17552, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Documento firmado digitalmente

Concesionario como lo es la ejecución del plan de inversiones[26], la ANI se encontraba en la obligación de dar inicio al procedimiento de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con el fin de ventilar el asunto y adoptar la decisión que en Derecho corresponda, sin que su facultad/obligación, se viera condicionada por situaciones como las esbozadas por el recurrente.

En ese estado, conviene recordar que 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 del año 2020, lo cual no solo no fue desvirtuado durante el presente procedimiento administrativo sino aceptado por el Concesionario, resultando claro que se reunieron todos los presupuestos necesarios para declarar el incumplimiento, lo cual, aunado a que tampoco se han demostrado circunstancias eximentes de responsabilidad del contratista, lleva a al Despacho a concluir que lo expuesto por el apoderado no cuenta con la vocación suficiente para alterar la decisión recurrida.

4.1.3. NO HAY INVOLUCRADA DE POR MEDIO NINGUNA PRÁCTICA CORRUPTA

Indica el apoderado del Concesionario que, si bien el Estado comprometió un área geográfica para el desarrollo del proyecto portuario, este es de iniciativa privada, y no ha involucrado ninguna práctica corrupta en tanto no se ha producido la erogación de recursos públicos, toda vez que los recursos en su totalidad tienen su origen en capitales privados, por lo cual los únicos perjuicios que se hayan podido generar han sido soportados exclusivamente por la sociedad concesionaria y no por el Estado o terceros.

A partir de lo expuesto por el apoderado, se advierte que en el numeral 4.1.2 de este acto administrativo se despachó todo lo relacionado con el origen y presupuestos del procedimiento administrativo sancionatorio contractual y la consecuente declaratoria de incumplimiento, por lo que en el presente apartado basta con recordar que el procedimiento administrativo sancionatorio se origina en una situación de presunto incumplimiento, sin que resulte dable exigir la configuración de situaciones constitutivas de corrupción para su procedencia, tal como lo pretende el recurrente.

En lo que respecta a que el Concesionario es el único que ha soportado los perjuicios que se hayan podido generar, para desechar tal afirmación basta con recordar que el Estado tiene derecho a recibir, entre otras cosas, a cambio de entregar en concesión el puerto, unas inversiones a realizar por el Concesionario, quien si no las realiza, como es el caso presente, resulta evidente que sí se causa un perjuicio al Estado.

De conformidad con lo expuesto, es claro que lo expuesto por el profesional del Derecho no cuenta con asidero jurídico y por ende la decisión deberá mantenerse incólume.

4.1.4. LA SANCIÓN IMPUESTA AGRAVA LA CONDICIÓN DEL CONCESIONARIO

Señala el apoderado del Concesionario que el fin ulterior de la multa es constreñir al cumplimiento al Contratista incumplido, sin embargo, en el caso bajo estudio, el valor de la misma, de aproximadamente USD 200.000, resulta desproporcionada, y agrava la situación del Concesionario de cara al cumplimiento del contrato, con lo cual, el fin de la medida dista de ser conminatoria, para convertirse en perjudicial.

[26] 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."*

Documento firmado digitalmente

Sea lo primero señalar que el contrato de concesión en la cláusula vigésima tercera regula lo relacionado con las multas, así:

> ***"CLÁUSULA 23. MULTAS***
>
> ***El CONCEDENTE*** *podrá imponer multas al* ***CONCESIONARIO*** *en los siguientes eventos:*
> *(…)*
>
> *i. Por no ejecutar el plan de inversiones 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"*

Una lectura de la disposición permite total claridad al señalar que la multa por la no ejecución del plan de inversiones solamente procederá en los eventos en que la ANI declare el incumplimiento de la obligación, es decir que, en todo caso, será el Concesionario el único responsable de que se aplique o no la sanción, con lo cual, resulta evidente que no puede alegar en su favor la propia culpa, tal como lo pretende en este argumento.

En línea con lo anterior, conviene destacar que de conformidad con lo señalado en el memorando 20213030128403 que originó el presente procedimiento y que a su vez recogió las comunicaciones con radicado ANI 20163080101433, 20173100104153, 20173100011923, 20183080134323, 20183100025233, 20193080111443, 20193080023233, 20203080090043, 20203080017383, 20213080100033 y 20213080020993, desde el primer semestre de 2016 al segundo semestre de 2020, la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A no realizó ninguna inversión, tal como se muestra a continuación:

> *"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,*

Documento firmado digitalmente

identificando que no se ha ejecutado ningún valor a la fecha, según la información de los reportes de inversión privada semestral (...)"

Aunado a lo anterior, cabe recordar que durante el año 2020 el Concesionario debió ejecutar inversiones por USD 3.186.398 (TRES MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO DÓLARES), no obstante, tal como se señaló anteriormente, el monto de su inversión fue y sigue siendo cero (0), resaltando además que de conformidad con lo expuesto líneas atrás, realizar las inversiones propuestas es una de las principales obligaciones a cargo del Concesionario[27], 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, de los fines del Estado que se esperaban cumplir con el otorgamiento de la Concesión.

Ahora bien, en lo que corresponde a la desproporción de la sanción impuesta, resulta del caso poner de presente el siguiente pronunciamiento del Consejo de Estado respecto al principio de proporcionalidad, 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****"*[28] (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

[27] 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."*

[28] 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

incumplimiento del plan de inversiones) con el fin de adecuar la decisión adoptada con las finalidades de la actuación en busca del interés general.

Siguiendo la línea expuesta, es dable afirmar que 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 ha 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" .*[29]

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."*[30]

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. (…)"*[31]

---

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

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

[31] 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)

Documento firmado digitalmente

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 acuerdo con lo antes expresado, se debe precisar que, si bien es cierto 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, tal como se anotó líneas atrás, la cláusula 23 disciplina las multas pactadas en el Contrato[32], y en esta se 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.

Así las cosas, un repaso de la decisión atacada, permite observar que la tasación del cálculo de la multa **partió del valor** dejado de ejecutar del Plan de Inversión para el 2020, esto es **USD 3.186.398** dólares constantes diciembre 2015, obteniéndose el siguiente ejercicio de tasación:

" (…)

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 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"*

Como se observa de lo anterior, la sanción es el resultado de lo estipulado contractualmente, lo cual es un claro ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes[33], sumado a que de conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, el acuerdo

[32] 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.

[33] 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

Documento firmado digitalmente

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, y mucho menos pretender impugnar el acto recurrido sobre la base de alegar que la sanción de multa impuesta agrava la condición del concesionario, ya que es exclusivamente el Concesionario quien, con su actuar incumplido, ha dado lugar a que se le imponga dicha sanción de multa.

De remate, es claro 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.

Por lo expuesto es claro que en el presente caso sí se aplicó, y además en debida forma, conforme lo pactado en el contrato, el principio de proporcionalidad de la sanción, por lo que el argumento no se abre camino.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos expuestos por el apoderado del Concesionario en su recurso, logro desvirtuar la decisión impugnada, pasa el Despacho a analizar los argumentos expuestos por el apoderado del garante al sustentar el recurso de reposición interpuesto contra el acto recurrido.

4.2. EN RELACIÓN CON LOS ARGUMENTOS DEL APODERADO DE LA ASEGURADORA:

El apoderado de la Aseguradora solicitó reponer la decisión, coadyuvando los argumentos expuestos por el Concesionario y, asimismo, argumentando lo siguiente:

4.2.1 VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO – FALSA MOTIVACIÓN.

Sostiene el apoderado que existe una violación al debido proceso, no porque se hubieren pretermitido etapas y/o garantías procesales, sino porque se negó a los citados conocer claramente la motivación para la imposición de la sanción al tener como base una ambigüedad existente entre el pliego de condiciones y el contrato, así como por la omisión al deber de motivar en debida forma la decisión, esto es por la falsa motivación en que incurrió el Despacho al proferir el acto administrativo recurrido, toda vez que la ANI basó su decisión sobre supuestos que no corresponden a la realidad sobreviniente, y mucho menos en el contrato, como quiera que no solo presumió el incumplimiento, sino que adicionalmente aplicó la responsabilidad objetiva, cuando en su lugar debió realizar un estudio del dolo o la culpa del Contratista.

Añade que, aunque el contrato de concesión se estructura bajo la figura de todo riesgo, no puede de ninguna manera aplicarse una responsabilidad objetiva por la mera realización del resultado (incumplimiento), sin observar los hechos constitutivos de fuerza mayor que han imposibilitado el cumplimiento, los cuales además resultan notorios.

En esa línea, indicó que la decisión censurada pasó por alto circunstancias debidamente probadas, pues arribó a conclusiones equivocadas, así: (i) que los costos del proyecto se vieron fuertemente afectados debido al incremento del dólar, pues al día de hoy la TRM sigue en aumento, (ii) que el costo de los materiales como el acero, han presentado variaciones drásticas que rompen con las cargas económicas al interior del contrato, (iii) que en la época de suscripción del Otrosí No. 002 existían restricciones gubernamentales que impedían la ejecución del proyecto, pues los trabajadores no

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 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

podrían desplazarse a la ejecución de sus actividades, (iv) que la enfermedad de pudrición de cogollo afecta de manera desproporcionada la ejecución del negocio en los términos planteados.

Analizado lo expuesto por el apoderado, observa el Despacho el argumento transversal en la intervención del Garante, en el cual sostiene que la decisión discutida adolece de falta y falsa motivación, por tanto, se impone el deber de repasar la figura con el fin de emitir pronunciamiento en torno a su configuración.

Sobre el particular existe sobrada jurisprudencia en torno a tales vicios propios de la expedición del acto administrativo; para el caso concreto, estima suficiente el Despacho resaltar los siguientes:

> *"**Ahora bien, en contraposición a la debida motivación del acto administrativo aparecen las figuras de la falta de motivación y falsa motivación.** La primera hace referencia a la inexistencia absoluta de las condiciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión administrativa, **mientras que la segunda supone un yerro en la escogencia o determinación de dichas condiciones.***
>
> *Para establecer si se incurre en esta causal de nulidad del acto administrativo, se hace necesario examinar los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, para llegar a concluir que existe una incongruencia entre los motivos invocados por el funcionario y la decisión final. Así, **habrá falsa motivación cuando al analizar el acto administrativo se evidencia la divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica con los motivos esgrimidos en el acto administrativo.***
> *(…)*
>
> *Así las cosas, se concluye que los elementos indispensables para que se configure la **falsa motivación** son los siguientes: **(a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta, (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que incide a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado**"*[34]. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En una línea similar, el Consejo de Estado[35] se pronunció en torno a las diferencias entre la falta y la falsa motivación así:

> *"**La falta de motivación, que no es equiparable a la "falsa motivación", es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la "falsa motivación" supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos**. Ahora bien, para determinar si se ha o no omitido motivar el acto, no basta con la inclusión de expresiones genéricas (las famosas frases "passe par touf") (sic), sino una relación de los motivos concreto (sic) que fundamentan el acto, desde el punto de vista de los fundamentos de derecho y hecho".* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A partir de lo anterior, es claro que la afirmación del apoderado según la cual se negó a los citados conocer claramente la motivación para la imposición de la sanción carece de asidero, toda vez que con total claridad solar se observa que el acto administrativo en

[34] Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218-12)

[35] Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 11001032500020100006400 (0685-2010)

Documento firmado digitalmente

discusión no adolece de falta de motivación, pues un somero repaso sobre el mismo permite concluir que, contrario a lo expuesto por el recurrente, sí existieron razones de hecho y de derecho sobre las cuales se cimentó la decisión, tal como se puede observar de la página 17 a la 65 de la decisión atacada.

Aunado a lo anterior, es necesario resaltar que, mediante la citación a la audiencia, radicado ANI 20217070343491 del 3 de noviembre de 2021, la Gerencia del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, puso en conocimiento de las partes todas aquellas pruebas para acreditar el presunto incumplimiento del Concesionario. Asimismo, a través de los Autos 20227070000426 del 24 de febrero de 2022, 20227070001056 del 11 de mayo de 2022, 20227070001336 del 10 de junio de 2022 junto con la audiencia del 10 de marzo de 2022, este Despacho decretó, incorporó y practicó a la actuación todas las pruebas solicitadas que a juicio del Concesionario y el Garante resultaban necesarias para probar las tesis esbozadas en los descargos.

Ahora bien, en cuanto a la falsa motivación, enseña la jurisprudencia del Consejo de Estado que la misma se estructura cuando: **(a)** Exista un acto administrativo no motivado, total o parcialmente; **(b)** Exista una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que incide en la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y **(c)** Hay una efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Así las cosas, es claro que los presupuestos para configurar la falsa motivación alegada, no se estructuran, pues de conformidad con el análisis adelantado por este Despacho en la decisión recurrida, es perfectamente dable observar que las conclusiones a las que arribó se fundan en razones coherentes con la realidad fáctica y jurídica del caso concreto, toda vez que se produjo una valoración integral de los hechos y el acervo probatorio, que permite concluir que, el Concesionario no ejecutó el Plan de Inversiones previsto en el Contrato para el año 1, sin que existieran justificaciones jurídicas para dicho incumplimiento.

Apuntalado lo anterior, cabe destacar adicionalmente que, las aseveraciones del recurrente fueron dirigidas a la indebida valoración que se dio sobre los argumentos de: (i) Incremento de la TRM, (ii) Incremento de materiales de construcción, (iii) COVID -19, y (iv) Enfermedad de pudrición de cogollo, respecto de los cuales ya este Despacho se pronunció íntegramente en el numeral 4.1.1, por lo que a lo dicho en ese acápite remite el Despacho a afectos de poder concluir que no le asiste razón al apoderado del garante al señalar que dichos argumentos no fueron debidamente analizados, ya que, contrario a ello, es claro que los mismos sí fueron analizados, situación diferente es que de su análisis no se desprende que el Concesionario estuviese exento de responder por el incumplimiento a su obligación de realizar las inversiones correspondientes al primer año.

Así las cosas, no resulta de recibo lo expuesto por el apoderado del garante.

4.2.2 LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA ESTÁ PROSCRITA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Señala el apoderado del garante que la responsabilidad objetiva se encuentra proscrita en el ordenamiento jurídico colombiano, debiéndose observar la actuación del Concesionario, ya que a su juicio no resulta similar ejecutar un contrato en situaciones normales que ejecutarlo con los efectos del COVID-19. Añade que en la decisión se pasa por alto el análisis respecto de la voluntad del Concesionario (dolo o culpa), quien además no se ha desentendido del negocio jurídico. Agrega que la decisión deberá encontrarse debidamente fundamentada en el incumplimiento de verdaderas obligaciones a cargo del contratista, y no en supuestos.

Documento firmado digitalmente

De entrada, advierte el Despacho que no le asiste la razón al apoderado, toda vez que como se apuntó líneas atrás, las conclusiones a las que se arribó en la decisión censurada se fundan en razones coherentes con la realidad fáctica y jurídica del caso concreto, toda vez que se produjo una valoración integral de los hechos y del acervo probatorio, que permitió concluir que el Concesionario incumplió su obligación de realizar las inversiones correspondientes al año 1, sin que exista eximente alguno de responsabilidad por dicho incumplimiento.

No obstante, lo anterior, con el fin de desatar la argumentación, resulta del caso poner de presente lo dispuesto jurisprudencialmente 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, 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"*[36]. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que, en materia sancionatoria 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:

---

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

Documento firmado digitalmente

> *"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"*[37]*.* (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 cumplieron 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 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 atinentes 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

[37] 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

no puede aplicarse en materia penal, el mismo sí es aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio, siempre y cuando se cumplan 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 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[38] 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*

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

Documento firmado digitalmente

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.

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 el régimen de responsabilidad contractual aplicable debe partir del propio Contrato.

Sobre la posibilidad de alterar el régimen de responsabilidad, vía contractual, el maestro Fernando Hinestroza[39] 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 contrato 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"[40] 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

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

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

Documento firmado digitalmente

> *responsabilidad, en las obligaciones de medio, en las espaldas del actor, y en las de resultado, en las del demandado"*[41]

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.

Por las razones expuestas el argumento estudiado no prospera.

4.2.3 LA SANCIÓN IMPUESTA AGRAVA LA CONDICIÓN DEL CONCESIONARIO

Señala el apoderado del garante que la multa impuesta resulta gravosa de cara a que el Concesionario dé cumplimiento a la obligación, pues a su juicio elimina toda posibilidad de ejecutar el proyecto.

Frente al particular, basta con indicar que la argumentación expuesta por el apoderado fue previamente evacuada en el 4.1.4 del presente acto administrativo, toda vez que el apoderado del Concesionario se pronunció en idéntico sentido, razón por la cual el Despacho se atendrá a lo allí resuelto.

4.2.4 DESVIACIÓN DE PODER

Indica el apoderado del garante que de conformidad con el numeral 7º del artículo 24 de la Ley 80 del 1993, los actos administrativos que se expidan en la actividad contractual o con ocasión a ella, salvo los de mero trámite, se motivaran en forma detallada y precisa, pues, en otro caso, la administración no actuaría conforme a la Ley. En ese orden, señala que la sanción impuesta no tiene en cuenta la realización de un gran porcentaje de las actividades por parte del Concesionario. Asimismo, sostiene que la administración enunció algunas inconformidades, pero sin reflejar un juicioso estudio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, sin lograr dilucidar con claridad en qué consisten los motivos de inconformidad.

Previo a desatar la argumentación propuesta, es necesario precisar que por desviación de poder se ha entendido aquella situación constitutiva de nulidad del acto administrativo, en la cual, si bien este fue expedido por órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que ha fijado el ordenamiento jurídico. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado indicando que este vicio está referido a *"(...) la intención con la cual la autoridad toma una decisión persiguiendo un fin diferente al previsto por el legislador, que obedece a un propósito particular, personal o arbitrario"*[42].

De igual manera, la misma Corporación al respecto de la valoración que se debe realizar de cara a establecer la configuración de dicho vicio expresó:

> *"Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce.*

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

[42] Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, sentencia del 7 de marzo de 2013. Expediente 0105-12, C.P Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Documento firmado digitalmente

> *Usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario"*[43]*.*

Apuntalado lo anterior, es necesario descender al análisis de la argumentación expuesta por el apoderado en aras de abordar el estudio de la posible configuración del vicio anunciado.

En ese estado, observa el Despacho lo expuesto por el recurrente en cuanto a que la sanción impuesta no tuvo en cuenta la realización de un gran porcentaje de las actividades por parte del Concesionario y que desde allí se generó un defecto por no realizar un juicioso estudio de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, ante lo cual, de entrada advierte esta Gerencia que las afirmaciones del profesional del derecho no guardan ningún tipo de relación con la situación fáctica ni probatoria, toda vez que como se apuntó en el numeral 4.1.4 de la presente decisión, el Concesionario no ha realizado ningún tipo de inversión, pues así se desprende del memorando ANI 20213030128403 que originó el presente procedimiento y que a su vez recogió las comunicaciones con radicado ANI 20163080101433, 20173100104153, 20173100011923, 20183080134323, 20183100025233, 20193080111443, 20193080023233, 20203080090043, 20203080017383, 20213080100033 y 20213080020993, a partir de los cuales es claro que desde el primer semestre de 2016 al segundo semestre de 2020, la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A no realizó ninguna inversión, es decir, el valor de las inversiones es de cero (0), precisando que en últimas las inversiones que debía realizar y que son objeto de reproche en esta actuación, corresponden al año 2020.

Ahora bien, en cuanto a que exista una supuesta desviación de poder, debe señalarse que la presente actuación buscó conminar al concesionario a dar cumplimiento a su obligación de realizar las inversiones correspondientes al año 1 de inversión, mediante el apremio de una multa, y toda vez que nunca cesó el incumplimiento del Concesionario, se impuso la multa contractualmente pactada para ello, por lo que resulta evidente que el acto administrativo recurrido no adolece de desviación de poder.

De contera, es claro que el fundamento del cargo no se encuentra llamado a prosperar, toda vez que lo argüido por el apoderado no cuenta con ningún cimiento debidamente acreditado al interior de la actuación.

A partir de todo lo expuesto, es claro que la argumentación vertida adolece de mérito suficiente para modificar la decisión censurada.

4.2.5 TRANSPARENCIA

Arguye el apoderado del garante que el principio de transparencia contemplado en la Ley resulta de obligatoria aplicación desde el inicio del proceso de selección del contratista, hasta la liquidación del contrato, lo cual implica que se debe conservar durante la etapa de ejecución del objeto contractual. En ese sentido, sostiene que la ANI pretende de manera sumaria dar trámite a sanciones administrativas sin hacer la debida observación a los postulados establecidos en la ley y en el contrato de concesión, siendo su intención endilgar una responsabilidad objetiva al contratista sin tener en cuenta las actuaciones que han sido adelantadas por el propio concesionario, persistiendo así una grave violación de las garantías procesales y de la legítima

[43] Consejo de Estado, Sección Primera, Sentencia del 7 de junio de 2012, Rad 66001-23-31- 000-1998-00645-01, C.P. MARCO ANTONIO VELILLA MORENO

Documento firmado digitalmente

defensa, que configura además una nulidad insalvable que deberá ser alegada, pues queda en entredicho la realización de los principios de contratación administrativa.

Analizado lo expuesto, advierte el Despacho que pese a que el apoderado enumeró este planteamiento para diferenciarlo de los demás argumentos, lo aquí expuesto no es más que la concreción de lo manifestado y que ya fue resuelto en numerales anteriores, toda vez que en aquellos ya se emitió pronunciamiento respecto de los presupuestos y garantías del procedimiento administrativo sancionatorio contractual, la no prosperidad de los eximentes de responsabilidad alegados, y la no aplicación de una responsabilidad objetiva, por lo cual no merece en este punto realizar algún pronunciamiento adicional por parte de este Despacho, más allá de señalar que el argumento no es de recibo.

4.2.6 PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN

Indica el apoderado del garante que la declaratoria de incumplimiento no tuvo en consideración las actividades adelantadas efectivamente por el Concesionario, resultando de suyo que se imponga una sanción aun cuando los supuestos hechos de incumplimiento no han tenido plena ocurrencia. Adicionalmente, señala que se debe aplicar en debida forma la proporción al supuesto incumplimiento, pues mal haría la entidad al hacer efectiva la póliza sin determinar objetivamente la responsabilidad respecto de la cuantía que el tomador afianzó, en contraste con la sanción, o el daño que eventualmente haya sido causado a la entidad, toda vez que la actividad ya ha sido adelantada por el contratista, debiendo considerarse hechos superados, pues incluso el contrato se ejecutó con absoluta normalidad hasta la compra de los predios faltantes, que por supuesto ya ha sido comprobada, ameritando en sí mismo una revisión a la base para tasar una eventual sanción conminatoria.

Analizada la argumentación vertida, observa con extrañeza el Despacho lo afirmado por el profesional del Derecho cuando sostiene que la actividad ya ha sido adelantada por el contratista, debiendo considerarse la existencia de un hecho superado, pues incluso el contrato se ejecutó con absoluta normalidad hasta la compra de los predios faltantes, toda vez que, el incumplimiento imputado al Concesionario no guarda ninguna relación con la compra de predios, sino que como tantas veces se reiteró, se refiere a la falta de ejecución del plan de inversiones del año 2020, el cual, de conformidad con la valoración del acervo probatorio y en línea con lo expuesto en los numerales 4.1.4 y 4.2.4 aún persiste.

En cuanto a que mal haría la entidad al hacer efectiva la póliza sin determinar objetivamente la responsabilidad respecto de la cuantía que el tomador afianzó, este Despacho debe recordar que en el acto recurrido se dejó claramente expresado que la afectación de la póliza de cumplimiento se daría en el evento en que el Concesionario no pagara la multa y sólo hasta el monto asegurado.

Finalmente, en punto a la proporcionalidad de la sanción, el Despacho se estará a lo expuesto en el numeral 4.1.4., para concluir que lo procedente es evacuar desfavorablemente la argumentación.

3.2.7 COMPENSACIÓN

El profesional del Derecho solicita en el evento de confirmar una sanción al contratista, se proceda a la compensación de los saldos que resulten a favor de este.

Al respecto, resulta pertinente poner de presente que de conformidad con el artículo 1715 del Código Civil Colombiano, la compensación como un modo de extinguir las obligaciones, opera cuando: (i) Dos personas son deudoras una de otra (de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad), (ii) Ambas deudas sean liquidas y actualmente exigibles, y (iii) Opera por ministerio de la Ley, por lo que no se requiere solicitar su aplicación.

A partir de lo anterior, de entrada, es necesario señalar que la solicitud del apoderado en este momento no resulta de recibo, toda vez que en el caso concreto no se reúnen

Documento firmado digitalmente

los requisitos dispuestos en el artículo 1715 del Código Civil, como quiera que las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones referidas en la presente actuación solo serán exigibles cuando, eventualmente, el acto administrativo que declaró el incumplimiento e impuso la multa, se encuentre en firme, y como esto no ha ocurrido, no es posible hablar de compensación, en tanto aún no constituye una acreencia en favor de la ANI y en contra del concesionario. En todo caso, no debe preocupar al apoderado la aplicación de la compensación, toda vez que la misma opera por ministerio de la ley, no requiriendo ser alegada.

En virtud de lo expuesto, no encuentra este Despacho procedente la solicitud realizada por el apoderado de la aseguradora.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos expuestos por los recurrentes logró desvirtuar el incumplimiento objeto de reproche, y en atención a que no existen razones o circunstancias nuevas que motiven un cambio en la decisión adoptada con el acto impugnado, el mismo deberá ser confirmado en su integridad.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la Resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. EN FIRME esta decisión desde el día siguiente al de su notificación en audiencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 87 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022.

ARTÍCULO TERCERO. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente decisión se notifica en audiencia.

ARTÍCULO CUARTO. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **08-02-2023**

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

EDUARDO DURAN MONTOY
2023.02.08 06:22:10
Firmado Digitalmente
CN=EDUARDO DURAN MONT(
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INI
E=eduranm@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits