



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 11380

13 JUL 2018

"Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

LA GERENTE DE PROYECTO Y/O FUNCIONAL G2 09 RESPONSABLE DE LA COORDINACIÓN, TRÁMITE Y FINALIZACIÓN DE LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante Resoluciones 273 de 13 de febrero de 2018 y 1096 del 25 de junio de 2018 de la ANI, y según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, procede a adoptar una decisión de fondo sobre los diferentes argumentos y pruebas propuestas por el concesionario **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** y la aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, por la no ejecución del Plan de Inversiones, obligación contenida en la Cláusula Décimo Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010.

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

- **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, (en adelante el Concesionario), sociedad identificada con NIT 839000348-1, representada por la doctora **ADRIANA MARÍA ESPINOSA PIÑEROS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.416.668 de Bogotá y Tarjeta Profesional No. 116.077 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderada especial.
- **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, (en adelante la Aseguradora o SURAMERICANA), sociedad identificada con NIT 860.070.374-9, representada por el doctor **ARMANDO GUTIERREZ VILLALBA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.167.578 de Cartagena y Tarjeta Profesional No. 107.111 del Consejo Superior de la Judicatura, en calidad de apoderado especial, garante del contrato según Póliza de Cumplimiento No. 0453939-4, con vigencia desde el 19 de febrero de 2010 hasta el 19 de febrero de 2022.

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

2.1. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Mediante memorando del 18 de abril de 2016, con radicado ANI No 2016-303-004870-3, suscrito por el Vicepresidente de Gestión Contractual, fue solicitado al Gerente de Defensa Judicial de la Vicepresidencia Jurídica, el inicio y trámite del proceso administrativo sancionatorio, por el presunto incumplimiento de la obligación de ejecución del Plan de Inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 8 de marzo de 2010, por parte de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**

El 6 de mayo de 2016, mediante oficio radicado ANI No. 2016-701-012120-1, la Gerencia de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio citando para el 23 de mayo de 2016, a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** a la audiencia

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

consagrada en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 *"OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato"*.

Igualmente, mediante el mismo radicado ANI No. 2016-701-012120-1, del 6 de mayo de 2016, se citó a la audiencia en comento a la compañía **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, en su condición de garantes del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010.

En las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, el 23 de mayo de 2016, con la presencia de los apoderados judiciales del Concesionario y **SURAMERICANA**, se llevó acabo la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en virtud de lo previsto en su literal b) se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en el desarrollo de la actuación, todas consignadas desde la citación a audiencia y que en términos generales giran en torno al presunto incumplimiento por parte del Concesionario de la ejecución del Plan de Inversiones, establecido en la Cláusula 7 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010. Acto seguido, se otorgó el uso de la palabra a las partes para que formularan sus descargos.

El apoderado del Concesionario manifestó, que antes de proceder con la exposición de sus descargos, solicitaba al despacho de manera principal decretar la terminación del proceso sancionatorio y en subsidio la suspensión del trámite, fundamentó estas solicitudes en el hecho de que **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, al solicitar la concesión portuaria contempló un proyecto portuario sustentado en la operaciones de exportación de cemento, en atención al ambiente favorable de las condiciones del mercado internacional de dicho producto, lo cual se reflejó en la solicitud de concesión que contemplaba dos fases: la primera, consistente en el repotenciación de la infraestructura existente y la segunda, la construcción de muelles e instalaciones adicionales. Una vez suscrito el contrato de concesión portuaria, el Concesionario siguió el comportamiento del mercado del cemento en especial el de Estados Unidos, mercado que como consecuencia de la crisis inmobiliaria entró también en situación de crisis, que no ha podido superarse; como producto de esta situación la demanda de cemento importado sufrió una caída considerable dejando a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** por fuera del mercado. Manifestó el apoderado, que actualmente los Estados Unidos auto abastecen sus necesidades de construcción, a su vez el Concesionario tampoco ha podido entrar a otros mercados, toda vez que otros países productores como Grecia tienen precios muy bajos, situación que deriva en que **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** no pueda competir. Dentro de las alternativas para conjurar esas dificultades el Concesionario suscribió el Otrosí No1, en el que se replanteó el cronograma de inversiones, el cual se ejecutaría la primera parte en 2016 y la segunda parte en 2017.

Continuó el apoderado manifestando que, a pesar de la anterior gestión **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** siguió observando las condiciones del mercado de cemento, las cuales desde el 2015 con miras al 2020 no han tendido la recuperación esperada que permita adelantar el plan de inversiones. Por esta razón el Concesionario desde julio de 2015, ha venido discutiendo con la Agencia distintas propuestas y alternativas que permitan el replanteamiento del Plan de Inversiones, en el marco de estas gestiones el 20 de mayo de 2016, presentó ante la ANI, un alcance a la propuesta presentada en enero y febrero de 2016, a fin de buscar una salida a las dificultades de ejecución del mencionado Plan de Inversiones.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Con fundamento en lo expuesto, el apoderado del Concesionario pide terminar o suspender el proceso a fin de continuar con el trámite de la solicitud de modificación del Plan de Inversiones, por las dificultades que resultan extrañas y ajenas a la conducta de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, situación que persiste y que no ha sido posible controlar en el ámbito internacional. Así las cosas, la conminación que se pretende con el trámite del presente proceso no resulta procedente como quiera que el Concesionario ha venido tratando de solucionar la problemática expuesta, gestiones que se vienen adelantado; finalmente solicitó el fin del proceso administrativo por no existir fundamento factico, al no existir incumplimiento, y de manera subsidiaria solicitó la suspensión del proceso hasta tanto se produzcan las modificaciones contractuales que superen el problema.

Procedió el Despacho en el curso de la audiencia, a dar traslado al garante de las solicitudes planteadas por el Concesionario; manifestó el apoderado del garante que coincide con los argumentos de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, concluye en que las conversaciones que se adelantan son incompatibles con el proceso sancionatorio, riñe contra la buena fe contractual, ya que al mismo tiempo que existen unas expectativas de arreglo vía una modificación contractual, cursa un proceso sancionatorio, en su opinión de fracasar las gestiones de arreglo podría iniciarse el sancionatorio, en este orden de ideas solicita se termine el presente proceso administrativo en curso o se suspenda.

El Coordinador del GIT de Defensa Judicial, dando contestación a lo solicitado, precisa respecto de la terminación del proceso, que no tiene la facultad de terminación del trámite sancionatorio, que dicha decisión es facultad del Presidente de la Agencia, igualmente precisa que lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no es un derecho sino una obligación de la Entidad, por tanto es una obligación de la Agencia dar inicio al trámite para verificar el supuesto incumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, por tanto la modificación que se viene gestionado no es un límite para el ejercicio del deber que la ley le impone a la Entidad de verificar las obligaciones contractuales y el uso de los recursos públicos. No obstante lo anterior, como quiera que lo pretendido en este proceso es la verificación de la ejecución de las obligaciones contractuales, se procedió a suspender el trámite de la audiencia para verificar el trámite de la modificación contractual y constatar si procede o no continuar con la actuación administrativa en la medida que se logre la modificación de las obligaciones del contrato o se mantengan.

El 5 de julio de 2016, la Agencia remitió con destino a las partes el oficio contentivo de la citación para la reanudación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, comunicando que ésta se llevaría a cabo el 11 de julio de 2016.

El 8 de julio de 2016, con radicado ANI No. 2016-409-057758-2, la representante legal del Concesionario remite a la Agencia una solicitud de aplazamiento de la audiencia, argumentando el acaecimiento de idénticos hechos relatados por el apoderado del Concesionario en la suspendida audiencia del 6 de mayo de 2016, puntualmente solicitando la suspensión del "*procedimiento sancionatorio, a fin de continuar con el trámite de la solicitud de modificación del contrato de concesión 003 de 2010, la cual hace parte de las gestiones que se han venido adelantando ante la ANI por parte de ZFA desde julio de 2015*".

El Coordinador del GIT de Defensa Judicial de la Agencia, el 8 de julio de 2016, dando respuesta a la referida solicitud del Concesionario, le comunicó que dicha solicitud le es negada, primero en atención que en su momento la audiencia fue suspendida, habida cuenta de la manifestación del concesionario de la existencia de un trámite de modificación contractual en curso, situación que fue efectivamente verificada, pero concluyendo que la existencia de la misma no implica una imposibilidad o afectación para el ejercicio de la facultad sancionatoria, y en segunda instancia, debido a que las razones

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

expuestas por el Concesionario, se constituyen en argumentos de defensa, siendo lo procedente su presentación en el momento de la rendición de descargos.

Reanudada la audiencia el 11 de julio de 2016, con la presencia de los apoderados de las partes, se concedió el uso de la palabra a la apoderada del Concesionario quien previo a la exposición de sus descargos, manifiesta que **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, está *ad- portas* de suscribir un contrato de transacción que versa sobre los mismos hechos que se debaten en la presente actuación administrativa, en consecuencia solicita la terminación del proceso o su suspensión. Por su parte el garante, haciendo uso de la palabra, comunica que coadyuva dicha solicitud. Por tal motivo el despacho accedió a la suspensión del trámite de la diligencia.

En atención a la situación anteriormente expuesta, el Coordinador del GIT de Defensa Judicial, solicitó mediante memorandos con radicados ANI No. 2016-701-014920 – 3 del 25 de noviembre de 2016 y 2017-409-003730-30 del 3 de marzo de 2017, a la Gerencia del GIT Férreo y Portuario de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, informar sobre el estado de las gestiones del referido contrato de transacción, a fin de resolver lo pertinente respecto de la suspensión, continuidad y terminación del presente trámite administrativo sancionatorio; respuesta que se obtuvo en memorando con radicado ANI No 2017-303-004973-3 del 27 de marzo de 2017, en el cual se informa que *"... el 7 de marzo del presente año se presentó la solicitud de modificación del Contrato de Concesión 003 de 2010 y el proyecto de Contrato de Transacción, ante el Consejo Directivo, en el que se realizaron algunas observaciones"*.

Con la asistencia de las partes, previa su citación mediante comunicación con radicado ANI No 2017-701-013534-1 del 5 de mayo de 2017, el 25 de mayo de 2017 se reanudó la audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ello como quiera que en dicha fecha no se acreditó dentro del proceso sancionatorio el contrato de transacción debidamente suscrito, situación que había sido la causa de suspensión de esta diligencia, en este orden de ideas se concedió el uso de la palabra a las partes para que procedieran a presentar sus descargos.

Procedió la apoderada del Concesionario, de manera a previa a la exposición de sus descargos a solicitar una nueva suspensión del presente trámite administrativo, motivó su petición en que ante la imposibilidad de suscribir el contrato transaccional, necesita tiempo para adelantar las gestiones necesarias para presentar desde el punto de vista técnico, financiero y jurídico, una nueva propuesta que permita sustituir el Plan de Inversiones, sin modificar su valor; petición de suspensión a la que no se accedió como quiera que se está frente a la noticia de la existencia de una nueva propuesta que tiene la condición de ser una mera expectativa, ante lo cual se exhortó a la apoderada del Concesionario a presentar sus descargos.

La apoderada del Concesionario, presentó sus descargos, comenzando con un relato de los antecedentes que dieron origen a la situación de presunto incumplimiento del Contrato de Concesión, luego de lo cual eleva una solicitud de nulidad, bajo el entendido de que el escrito de citación estaría incurrido en una falsa motivación al desconocer la realidad fáctica en que debería fundarse y no cumplir con lo exigido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al no contener la mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, situación que en conjunto vulnera los derechos fundamentales al debido proceso y la defensa del contratista del Estado. Terminada la argumentación de la nulidad deprecada, se planteó como primer argumento los hechos referentes a la situación del mercado del cemento, como un *"hecho imprevisible e irresistible, que cambió de manera anormal las condiciones del mercado, afectando de forma directa la rentabilidad del negocio portuario, y generando una eximente de responsabilidad que excusa al CONCESIONARIO por la no realización de las inversiones previstas en el CONTRATO"*, como segundo argumento le existencia de un daño futuro incierto al Concesionario, que le conlleva la exigencia del cumplimiento del contrato, el cual no

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

tiene el deber jurídico de soportar y que *"sin duda generará un desequilibrio a la ecuación económica del CONTRATO*, y como tercer argumento la existencia de una fuerza mayor al estar en presencia de *"un hecho imprevisible, irresistible e inimputable al CONCESIONARIO que se constituye en un eximente del cumplimiento de las obligaciones contractuales"*, como cuarto argumento, puso de presente como argumento de su defensa la diligencia del concesionario al realizar frente a una situación irresistible y extraordinaria, todas las gestiones ante la ANI para *"conjurar la crisis y adoptar una postura que permitiera continuar con la ejecución del contrato"*, y para terminar, propuso la vulneración del principio de la buena fe contractual por parte de la Agencia al dar apertura al presente proceso sancionatorio administrativo, y la vulneración al principio de confianza legítima por parte del Concedente, ahora bien respecto de las multas y las cláusula penal consideró improcedente su aplicación concomitante.

Por su parte el apoderado de la ASEGURADORA, comenzó sus descargos manifestando su coadyuvancia de la totalidad de los argumentos expuestos por el Concesionario, así como su solicitud de pruebas, con fundamento en las cuales pidió el archivo del proceso; a continuación centro su exposición argumentado que la imposición de la sanción por parte de la Agencia sería violatoria de la teoría del acto propio, toda vez que la Entidad a partir de la celebración de un acto vinculante como lo es el Otrosí, fijó una posición que está fundada en la existencia de un cambio en las condiciones del mercado de cemento a nivel mundial, que dicha situación de hecho efectivamente se presentó y que la misma era una justificante de la no ejecución del Plan de Inversión, por lo que con el inicio y trámite del proceso sancionatorio resulta contradictorio, con el acto propio sancionar el incumplimiento cuando las razones que motivaron la suscripción del Otrosí persisten, esas razones tendrían que cambiar porque jurídicamente a la ANI ya no le es dable cambiar de posición y actuar en contravía de la posición que fijó al momento de la suscripción del Otrosí. Igualmente se pronunció sobre la improcedencia de la imposición de la multa y la cláusula penal, manifestó que respecto del monto de la posible sanción a imponer, considera que no es posible imponer una sanción pecuniaria como lo es la multa diseñada para incumplimientos de carácter parcial y una cláusula penal que funge como una estimación anticipada de perjuicios, diseñada para incumplimientos definitivos y totales, como quiera que la multa y la cláusula penal tienen el mismo propósito, su aplicación se hace inviable.

El 8 de junio de 2017, la Agencia remitió con destino a las partes el oficio contentivo de la citación para la reanudación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, comunicando que su reanudación se llevaría a cabo el 29 de junio de 2017.

El 29 de junio de 2017, con la presencia de las partes se reanudó el trámite de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió por parte del Despacho a resolver sobre la petición de pruebas presentada por el Concesionario, coadyuvada por la aseguradora y las que de oficio consideró la Agencia pertinentes dentro de la presente actuación administrativa, la apoderada del Concesionario, solicitó además la incorporación como prueba en el proceso de una nueva solicitud de sustitución del Plan de Inversión, presentada por el Concesionario al Vicepresidente de Gestión Contractual del 2 de junio de 2017, con radicado ANI No 2017- 409-058278-2.

Mediante memorando con radicado ANI No. 2017-303-009758-3 del 12 de mayo de 2017, la Gerente del Grupo Interno de Trabajo Férreo y Portuario, informó al Gerente del GIT de Defensa Judicial, dando respuesta a la solicitud de *"Copia de los INFORMES DE INVERSIÓN PRIVADA SEMESTRAL que se hayan presentado por el concesionario en el año 2016 y los que hayan presentado durante el cursante"*, decretada como prueba de oficio, manifestó que *"Según lo dispuesto en el Cronograma de Plan de Inversiones vigente, durante el año 6 del Contrato que corresponde al 2015 y año 7 de 2016, el Concesionario en lo corrido de las presentes vigencias ha reportado una ejecución del 0% en avance físico y financiero del Plan de Inversiones"*.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Tal como había quedado establecido en el decreto de pruebas del 29 de junio de 2017, el 19 de julio de 2017, en el curso del trámite de la Audiencia establecida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la intervención de las partes, se practicó el testimonio del señor Carlos Horacio Yusty Calero, Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos S.A., declaración cuya transcripción completa hace parte del expediente, quien respecto de los puntos fundamentales objeto de controversia declaró:

Cementos Argos es una compañía que ha venido operando en Colombia, pero también exportando hacia el mercados Estados Unidos, el cual fue objeto de una crisis que tuvo su inicio en el año 2007, acentuándose en 2008 el mercado de los Estados Unidos cayó en un 50%, en ese momento Cementos Argos firma la concesión en el año 2010, considerando que la recuperación iba a ser más corta de lo que en realidad sucedió, fundamentados en las proyecciones de la Portland Cement Association (Asociación de Cementeros de Estados Unidos), razón por la cual dicha asociación ha tenido que recoger y revisar todas sus proyecciones desde 2008 hasta la fecha. Manifestó que el mercado no se ha recuperado, adicional a esto han aparecido nuevos actores del mercado internacional de cemento, Grecia y Turquía, que en los años 2010 a 2015 no eran tan relevantes, con una gran capacidad de producción lo que les permite exportar precios predatorios.

A continuación, en respuesta a las preguntas del Despacho, el doctor Yusti declaró: Cementos Argos ha adquirido plantas de cemento y de concreto en Estados Unidos, desde el año 2005, como una decisión estratégica de salir de Colombia ha hecho adquisiciones en Texas, una compañía de concreto que opera en Carolina del Norte y Carolina del Sur, plantas cementeras Alabama y Carolina del Sur, algunos activos de cemento y de concreto en la Florida, a finales de 2016 se adquirió en West Virginia una planta que atiende 8 estados. Igualmente declaró que el comportamiento de ventas de Argos en Estados Unidos ha venido creciendo en los últimos años, las ventas locales de la regional de Estados Unidos han venido creciendo trimestre a trimestre desde el año 2015, a la pregunta del Despacho ¿Cuándo comenzó la crisis del mercado que impactó el Plan de Inversión del Contrato de Concesión de Zona franca Argos? Respondió: La crisis del mercado americano comenzó de manera fuerte desde el año 2008, todo el mundo creyó en el 2008, que la crisis iba a durar mucho menos de lo que la recuperación ha tardado para los Estados Unidos, para resumirlo en el año 2005 se vendían ciento treinta millones de toneladas y en año 2016 cerró con noventa y tres millones de toneladas de cemento, once años después hay una diferencia de treinta y siete millones de toneladas por debajo, viene recuperándose, sí, pero no ha llegado a los volúmenes históricos; a la pregunta ¿Si la crisis comenzó en el 2008, por qué se solicitó y aprobó en el 2010 el Plan de Inversiones, cuál es la justificación que usted considera que tuvo Argos bajo esa premisa si se sabía de la crisis, por qué se solicitó y aprobó ese Plan en el año 2010 en el Contrato de Concesión de Zona Franca?, Respondió: Porque las premisas que se tenían eran una recuperación rápida del mercado americano y basados en esos fundamentos de la recuperación de la Asociación de Cementeros de Estados Unidos, allí había una proyección de que el mercado americano se iba a recuperar de una manera rápida, con estos supuestos Argos hizo sus análisis y se consideró que era importante hacer esa inversión en el puerto de Cartagena, supuestos que cambiaron radicalmente, no ha pasado esa recuperación, y esa recuperación ha sido más lenta de lo que inicialmente se consideró. A la pregunta ¿Desde el punto de vista financiero, no jurídico, que acciones ha emprendido Argos para poder cumplir con el Plan de Inversiones de este contrato? Respondió: Desde el año 2015, se ha venido solicitando una modificación al contrato de concesión, que permita ajustar el monto de la inversión a las nuevas realidades de exportación que consideramos pueden hacerse desde Cartagena, hay que poner proporcional el tamaño de la inversión a lo que es el tamaño del mercado, se busca que el monto de la inversión corresponda a lo que se necesita para atender el volumen de la exportación. **Pregunta** ¿Qué es lo que han venido solicitando desde el 2015 de manera concreta? Respondió: Una modificación en el monto de la inversión consistente en una disminución de ésta, que responda a los volúmenes de exportación o de carga que se movería a través del muelle una inversión aproximada de trece millones de dólares.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Mediante memorando con radicado ANI No. 2017-409-069400-2 del 4 de julio de 2017, el apoderado de la Aseguradora allega al proceso las "condiciones particulares y generales de la póliza No 0453939-4", ello en cumplimiento de la prueba de oficio decretada por el Despacho en la cual se solicitó copia del condicionado general de la referida póliza.

Mediante Auto del 23 de mayo de 2018, se estableció por parte del Equipo Sancionatorio de la Agencia, el 30 de mayo de 2018 como fecha la reanudación de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

El concesionario **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** mediante oficio con número de radicado ANI No 2018-409-052631-2 del 28 de mayo, solicitó a esta Gerencia el aplazamiento de la reanudación de la audiencia que se adelanta en el marco del artículo 86 de la Ley 1474 de 201, prevista para el 30 de mayo de 2018. El cambio de la fecha fue sustentado en la solicitud de conciliación prejudicial presentada ante la Procuraduría General de la Nación, con la pretensión de llegar a un acuerdo con la Entidad. En atención a dicha solicitud la Gerencia del Equipo Sancionatorio, el 29 de mayo de 2018 en aras de garantizar el derecho de debido proceso y el derecho de defensa, expidió un nuevo Auto en el cual fijó como fecha para la reanudación de la referida audiencia el 31 de julio de 2018.

La Gerencia del Equipo Sancionatorio, mediante memorando con radicado ANI No 2018-101-008461-3 del 5 de junio de 2018, solicitó a la Gerencia de Defensa Judicial de la Vicepresidencia Jurídica de la ANI, le fuera informado el estado y avance del referido trámite de conciliación prejudicial adelantado ante la Procuraduría General de la Nación.

El Gerente de Defensa Judicial de la Agencia, mediante Memorando con radicado ANI No 2018-70101-1255-3 del 27 de julio de 2018, informó al Equipo Sancionatorio que surtida la audiencia de conciliación prejudicial, la misma fue declarada fallida.

El Concesionario **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, allegó al proceso vía correo electrónico el 27 de julio de 2018, un memorial en el cual expone un resumen de las actividades adelantadas a efecto de lograr un acuerdo con la Agencia respecto de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, así como las razones por las cuales considera improcedente seguir adelantando el presente proceso sancionatorio: 1) La inconveniencia de la realización de las inversiones planteada por el Concesionario y 2) La existencia de una controversia respecto de la actualización de las inversiones, que en su parecer debe ser resuelta por los jueces del Contrato.

Así, recaudadas las pruebas y surtida la etapa de contradicción de éstas, se dispuso reanudar la diligencia a fin de proferir la correspondiente decisión de fondo respecto del cargo imputado al contratista.

2.2. DEL CARGO ÚNICO IMPUTADO.

De conformidad con lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Agencia se permite manifestar que el cargo a imputar a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** consiste en: El presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 "OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato".

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

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

2.3. DE LAS PRUEBAS Y HECHOS QUE ORIGINARON LA ACTUACIÓN

A continuación, se relacionan las pruebas recaudadas en la actuación y que serán tenidas en cuenta para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento:

2.3.1. De los informes de la Supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010.

En el escrito de citación a la Audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, fueron aportados tres oficios suscritos por la Gerencia de Grupo Interno de Trabajo Férreo y Portuario, los cuales dan cuenta del presunto incumplimiento por parte del Concesionario de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, en los siguientes términos:

1. Comunicación con radicado ANI No. 2015-303-018677-1 del 18 de agosto de 2015: En la que se recordó al Concesionario las obligaciones establecidas en el Otrosí No 1 al Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, en el que de conformidad al cronograma del Plan de Inversiones vigente, durante el 2015 que corresponde al año 6 del contrato el concesionario debe invertir US\$ 22.022.198, sin embargo " ..hemos observado que en lo corrido de la presente vigencia se ha reportado una ejecución del 0% en avance físico y 0 USD de avance financiero del Plan de inversiones" ... "Es de recordar que es un deber del concesionario dar cumplimiento a las obligaciones adquiridas con la Agencia Nacional de Infraestructura, en este caso, el Otrosí No 001 de 2015 en el cual se pactaron conjuntamente una serie de obligaciones que hasta el momento no se ven cumplidas por parte de la Sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A.S".
2. Comunicación con radicado ANI No. 2015-303-025329-1 del 26 de octubre de 2015, se recordó al Concesionario, las obligaciones que está obligado a solventar, contenidas en la Cláusula Séptima "PLAN DE INVERSIONES", equivalente a US\$ 31.776.271, en los siguientes términos:

Año Contractual	2010 Año 1	2011 Año 2	2012 Año 3	2013 Año 4	2014 Año 5	2015 Año 6	2016 Año 7	Total
Nueva Plataforma	0	0	0	0	0	10.129.567	7.450.252	17.579.819
Sistema de cargue	0	0	0	0	0	10.490.937	1.024.532	11.515.469
Sistema de colección de polvo	0	0	0	0	0	188.709	0	188.709
Sistemas de limpieza y mantenimiento	0	0	0	0	0	297.454	0	297.454
Sistemas eléctricos y de control	0	0	0	0	0	0	808.613	808.613
Sistemas de amarre	0	0	0	0	0	915.531	470.675	1.386.207
Total de Inversión	0	0	0	0	0	22.022.198	9.754.072	31.776.271
Tasa de descuento anual	14,60%							
VP Plan de inversiones	13.479.394							
VP Contractual	13.478.414							
Diferencia	980							

Por lo tanto, durante el año 6 de la concesión que corresponde al 2015 debe ejecutar inversiones por US\$ 22.022.198, no obstante ello "... de acuerdo a los reportes mencionados anteriormente solamente ha ejecutado CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES (US\$ 46.400) en ingeniería de detalle, lo que equivale al 0.21 % de lo contractualmente establecido. Igualmente, en esta comunicación se informó al Concesionario

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

respecto de las obligaciones del año 7, que corresponde al 2016 *"existe un atraso en su ejecución del 99.79%, que podría generar un presunto incumplimiento contractual"*.

3. Comunicación con radicado ANI No. 2016-303-00788-1 del 15 de enero de 2016, en la cual nuevamente se recordó al Concesionario, sus compromisos contractuales establecidos en la referida Cláusula Séptima "PLAN DE INVERSIONES" del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, puntualmente a las inversiones que deben ejecutarse en año 6 (2015-2016), las cuales *"...de acuerdo a los reportes mencionados anteriormente la Sociedad solamente ha ejecutado CIENTO TRECE MIL CUATROCIENTOS DÓLARES (US\$ 113.400) en ingeniería de detalle, valor equivalente al 0.51% del contractualmente establecido"*. Agregando que *"Teniendo en cuenta que el plazo para ejecutar las inversiones del año 6 vence el próximo 26 de febrero de 2016 y existe un atraso en su ejecución del 99.49%, situación que puede constituirse en un presunto incumplimiento contractual."*
4. Adicional al anterior, en virtud de lo ordenado en audiencia del 29 de junio de 2017, la supervisión allegó al proceso la comunicación con radicado ANI No. 2017-303-009758-3 del 12 de julio de 2017, en la cual certificó que durante los años 6 y 7 (años 2015 y 2016) el Concesionario *"...ha reportado una ejecución del 0% en avance físico y financiero del Plan de Inversiones"*.

2.3.2. Pruebas recaudadas en el proceso adicionales a los informes de Supervisión.

Adicional a los referidos informes de supervisión, La Agencia Nacional de Infraestructura ha tomado en consideración las demás pruebas documentales allegadas a la actuación que se resumen en los siguientes:

2.3.2.1 Pruebas -distintas a los informes de supervisión - aportadas por la Vicepresidencia de gestión Contractual con la solicitud de inicio del proceso sancionatorio:

1. Copia del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, suscrito entre el Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) y **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**
2. Copia del Otrosí No 1 de 2015 al Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010.
3. Copia de las comunicaciones con radicados ANI No. 2015-303-018677-1 del 18 de agosto de 2015, 2015-303-025329-1 del 26 de octubre de 2015 y 2016-303-00788-1 del 15 de enero de 2016, en las cuales se insta al Concesionario al cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010.
4. Copia de los documentos correspondientes a la primera solicitud de modificaciones del Contrato de Concesión Portuaria No 03 de 2010, comunicaciones con radicados ANI No: **a)** 2016-409-004864-2 del 22 de enero de 2016 solicitud de modificación suscrita por el Concesionario; **b)** 2016-303-04342-1 del 23 de febrero de 2016, respuesta de la Agencia a dicha solicitud de modificación; **c)** 2016-303-001065-3 del 26 de enero de 2016, concepto financiero sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010; y **d)** 2016-303-001047-3 del 26 de enero de 2016, concepto jurídico sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

5. Copia de los documentos correspondientes a la segunda solicitud de modificaciones del Contrato de Concesión Portuaria No 03 de 2010, comunicaciones con radicados ANI No: **a)** 2016-409-014079-2 del 22 de febrero de 2016 solicitud de modificación suscrita por el Concesionario; **b)** 2016-303-04837-1 del 26 de febrero de 2016, respuesta de la Agencia a dicha solicitud de modificación; **c)** 2016-303-002969-3 del 26 de febrero de 2016, diagnóstico técnico sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010; **d)** 2016-308-002957-3 del 26 de febrero de 2016, diagnóstico financiero sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010; **e)** 2016-705-002974-3 del 26 de febrero de 2016, diagnóstico jurídico sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010; **f)** 2016-409-023523-2 del 23 de marzo de 2016, respuesta a los requerimientos de orden técnico y financiero del 26 de febrero de 2016; **g)** 2016-409-05895-2 del 1 de abril de 2016, alcance a la respuesta al requerimiento de orden técnico y financiero del 26 de febrero de 2016; y **h)** Planos muelle planta de Cartagena.
6. Copia de 2 informes de Inversión de Capital Privado en Bienes de Uso Público – Modo portuario 2015, suscritos por la representante legal del Concesionario.
7. Copia de la póliza de responsabilidad civil extracontractual y de la póliza de cumplimiento y salarios expedidas por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, radicado ANI No 2016-409-020406-2.

2.3.2.2 Pruebas Solicitadas por el Concesionario y Coadyuvadas por la Aseguradora - Audiencia del 16 de agosto de 2016.

2.3.2.2.1 Decretadas

Se tuvieron como pruebas y se les otorgó el valor probatorio que la ley les otorga a las siguientes documentales allegadas a la actuación en audiencia del 25 de mayo de 2017, junto con los descargos rendidos por la apoderada de la Sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, y a la testimonial decretada y practicada, a saber:

1. Documentales:

- 1.1 Copia de comunicación con radicado ANI No. 2016-409-014079-2 del 22 de febrero de 2016, dirigido por el Concesionario al Presidente de la Agencia, solicitando la modificación del Contrato de Concesión No. 003 del 8 de marzo de 2010.
- 1.2 Copia del documento denominado "*DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES DENTRO DEL PLAN DE INVERSIÓN DE 2016*" de la Sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**
- 1.3 Copia del radicado ANI No. 2016-409-041665-2 del 20 de mayo de 2016 dirigido por el Concesionario al Presidente de la Agencia, pronunciándose sobre las solicitudes de modificación al contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 8 de marzo de 2010. Con la advertencia, que este documento ya obraba en el proceso en físico y en memoria USB, aportados en audiencia desde el 25 de mayo de 2016 como soporte de una solicitud de suspensión del proceso.
Sobre los anexos de ese documento, y que fueron allegados en audiencia desde el 25 de mayo de 2016, se tendrán como pruebas y se les dará el valor probatorio que la ley les otorgue a las siguientes:
 - Copia del aviso publicado en el diario La República el 19 de mayo de 2016
 - Copia de certificación emitida por el diario La República donde consta la publicación del aviso el 19 de mayo de 2016.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

- Copia modelo financiero con cálculo de nueva contraprestación.
 - Copia de Plano Batimétrico.
 - Copia de Planos de reducción de áreas de la concesión (contienen coordenadas en el sistema Magna Sirgas).
- 1.4 Copia del correo electrónico del 27 de abril de 2016 y demás relacionados, sobre revisión modelo financiero con funcionarios de la Agencia Nacional de Infraestructura.
 - 1.5 Copia de la presentación sobre el "Puerto de Cartagena" de 19 de noviembre de 2015 de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**
 - 1.6 Copia Análisis Financiero Interno sobre el impacto de las inversiones.
 - 1.7 Pese a no haberse relacionado como prueba, se tuvo como tal el denominado "DESCRIPCIÓN DE ACTIVIDADES DENTRO DEL PLAN DE INVERSIÓN DE 2016" de febrero de 2016 de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**

2. Testimonial:

Se decretó el testimonio del señor **CARLOS HORACIO YUSTY CALERO**, Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos, quien declaró sobre *"el impacto financiero que implica para el CONCESIONARIO efectuar las inversiones previstas en el Otros"*.

2.3.2.2 Negadas

1. El Informe de la Banca de Inversión Bancolombia denominado *"Panorama industria del cemento"* allegado con los descargos del Concesionario e incluso desde la audiencia del 23 de mayo de 2016 como soporte de una petición de suspensión del proceso, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código General del Proceso -aplicable por remisión del artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-, fue negado en la audiencia de pruebas, toda vez que del texto mismo del documento se advirtió que:

- En el referido documento se consignó que la *"presentación fue preparada por Banca Inversión Bancolombia S.A. Corporación Financiera... con información proveniente de fuentes públicas. Los receptores de la presente información aceptan que BI Bancolombia no ha verificado de manera independiente esta información y que, por lo tanto, no asume frente a tales receptores o frente a terceros, ninguna responsabilidad asociada a la veracidad, exactitud o integridad de tal información..."* de lo cual se concluyó que el documento no es prueba de su contenido.

- Añadido a lo anterior, dicho documento consigna: *"Este documento se presenta únicamente con carácter informativo y por tanto no constituye una recomendación u opinión de Bancolombia. El receptor... (ii) se compromete a no utilizar este material para fines distintos de la evaluación de la información presentada, (iii) se compromete a no distribuir este material a ninguna persona u entidad, en forma parcial o total (fotocopiar, reproducir o transmitir por cualquier vía), en cualquier tiempo, sin la previa autorización escrita de BI Bancolombia, y (iv) garantiza mantener bajo reserva y con carácter confidencial toda la información contenida en ella"*. Es decir, que se trata de un documento bajo reserva de quien lo produjo, quien además limitó su reproducción ante cualquier tercero sin previa autorización y, para un fin distinto para el cual fue elaborado.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Por lo anterior, no se acreditó o soportó que: **(i)** El receptor de ese documento sea quien lo aporta al proceso; **(ii)** Las razones, objeto o fin para las cuales se elaboró el documento; **(iii)** La certeza sobre la veracidad de la información usada para su elaboración; **(iv)** Que exista autorización expresa de quien elaboró el documento para que sea aportado como prueba dentro de la actuación administrativa sancionatoria; y **(v)** El levantamiento de la reserva y confidencialidad del documento, en ese orden de ideas, se denegó la prueba en la forma en que fuera aportada al proceso por el Concesionario.

2. Como consecuencia de lo anterior y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 213 del Código General del Proceso, igualmente se denegó el testimonio solicitado a cargo del señor Daniel Arango Uribe, toda vez que además de no indicar el domicilio, residencia o lugar donde puede ser citado el testigo, no se especificaron los hechos objeto de prueba, limitando su objeto a que sustente el estudio que sobre el mercado realizara la Banca de Inversión Bancolombia -mismo negado como medio de prueba, por las razones ya expuestas.
3. En cuanto a la copia del radicado 2016-701-012120-1 del 6 de mayo de 2016, toda vez que corresponde a una copia de la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 obrante en el proceso como una actuación procesal, no se valoró como medio de prueba.
4. No se tuvo como prueba el borrador del "CONTRATO DE TRANSACCIÓN ENTRE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI Y ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. RESPECTO DEL CONTRATO NO. 003 DE 2010", toda vez que cualquier efecto probatorio o jurídico que se pueda generar de un documento de tal naturaleza, deviene del que efectivamente se hubiese celebrado en el proceso, situación que no se produjo.

2.3.2.2.3 Pruebas De Oficio

Además de las remitidas a los intervinientes de la actuación con la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en uso de las facultades de que trata el artículo 169 del Código General del Proceso, fueron decretadas como prueba de oficio las siguientes:

1. Remisión por parte de la Supervisión de la copia de los reportes semestrales de Inversiones que hubiese presentado el Concesionario con posterioridad al 6 de mayo de 2016 (fecha del pliego de cargos) y hasta la fecha. Al respecto, tal como se expuso en un aparte anterior la supervisión allegó al proceso la comunicación con radicado ANI No. 2017-303-009758-3 del 12 de julio de 2017, en la cual certificó que durante los años 6 y 7 (años 2015 y 2016) el Concesionario "...ha reportado una ejecución del 0% en avance físico y financiero del Plan de Inversiones".
2. Remisión por parte de la ASEGURADORA de la copia del condicionado general que aplica a la póliza 0453939-4. Al respecto, mediante memorando con radicado ANI No. 2017-409-069400-2 del 4 de julio de 2017, el apoderado de la Aseguradora, allega al proceso las "condiciones particulares y generales de la póliza No 0453939-4".

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

2.3.2.4 Demás pruebas aportadas en el curso de la actuación.

Se tuvieron como prueba y fueron incorporadas, a solicitud del Concesionario:

1. La copia de la comunicación suscrita por la representante legal **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** con radicado ANI No 2017- 409-058278-2 del 2 de junio de 2017, en la cual presentó una solicitud de sustitución del Plan de Inversiones.
2. Memorial allegado al proceso por el Concesionario **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** mediante electrónico del 27 de julio de 2018.

Conforme lo anterior, toda vez que en el curso del recaudo del anterior material probatorio, no se ha puesto en duda ni ha sido objeto de tacha, ninguno de los elementos que conforman el acervo probatorio presentado por la Supervisión, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Concesionario y su Aseguradora, quienes han contado con las oportunidades procesales y administrativas para controvertir y confrontar las pruebas y para aportar los medios de convicción para sustentar su defensa que se resume a continuación:

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

3.1. Descargos de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**

La apoderada del Concesionario da inicio a sus descargos haciendo un detallado relato de los antecedentes fácticos que dan lugar a la presente actuación, expuso como argumento estructural de la causa de no cumplimiento del Plan de Inversiones, que la solicitud y suscripción del contrato de Concesión Portuaria tenía como objeto lograr la exportación de cemento a granel al mercado de los Estados Unidos, objetivo que no se pudo materializar debido a la crisis interna del mercado del cemento en dicho país, situación que se presentó de manera imprevisible, irresistible e inimputable al Concesionario, lo cual redundó en un cambio radical de las condiciones del negocio, no siendo financieramente viable la ejecución del Plan de Inversiones en los términos establecidos en el Contrato. Culminada la exposición de antecedentes, procedió la apoderada del Concesionario a desarrollar sus argumentos de defensa en los siguientes términos, solicitando la terminación y archivo del proceso:

3.1.1 Vicios de Procedimiento – Vulneración al Debido Proceso.

Se manifestó por parte de la apoderada del Concesionario, que en la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se omitió la inclusión de algunos antecedentes fácticos, que permiten tener el conocimiento y comprensión para establecer con certeza si efectivamente ha existido un incumplimiento de las obligaciones del Concesionario o si por el contrario esta actuación administrativa carece de sustento jurídico. En su parecer, prescindió la Agencia de consignar que en múltiples comunicaciones el Concesionario se ha referido al acaecimiento de un evento irresistible, imprevisible e inimputable a éste, consistente en la grave alteración del mercado del cemento, que ha llevado al Concesionario a acudir a la ANI y sostener múltiples reuniones, buscando alternativas de ejecución del contrato. Para la apoderada del Concesionario, la actuación de la Agencia desconoce lo ordenado en el artículo 86 *ejusdem*, y deriva en una falsa motivación de la citación y por ende su nulidad de conformidad con el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, por su desconocimiento de la realidad fáctica en que debería fundarse, que de haber sido

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

considerada la Agencia se hubiera abstenido de dar apertura a la presente actuación administrativa.

3.1.2 Situación del Mercado de Cemento.

Manifestó la defensa del Concesionario que el cambio de las condiciones del mercado del cemento, su caída abrupta y repentina, que afectó la rentabilidad del negocio portuario, se constituyen en un hecho imprevisible e irresistible no imputable a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, generador de un eximente de responsabilidad que excusa la inejecución del Plan de Inversiones; y que ante esta nueva situación fueron planteadas por parte de Concesionario diversas alternativas de solución que evitaran un incumplimiento de sus obligaciones, elevando en primera instancia ante la Agencia una solicitud de modificación que al no haberse concretado en una transacción, fue planteada en segunda instancia, la evaluación de una sustitución de las inversiones, la cual fue presentada para su análisis; soporta su defensa en el estudio realizado por la Banca de Inversión Bancolombia sobre el mercado del cemento. En dicho estudio se hace un análisis del panorama actual de la industria global del cemento, la situación económica de Estados Unidos 2006-2010 y la eventual posibilidad de importación de cemento antes del 2020, partiendo del supuesto de que los productores locales no realicen inversiones en su capacidad instalada.

3.1.3 Existencia de un Daño Futuro y Cierto.

Se pregunta el Concesionario, si analizado lo ocurrido con el mercado del cemento, está obligado a realizar unas inversiones que no podrá recuperar, más cuando en materia portuaria la regulación resalta la importancia de garantizar la rentabilidad del negocio. En respuesta a dicho cuestionamiento el Concesionario consideró que no debería encontrarse obligado a efectuar las inversiones inicialmente previstas, ya que la ejecución le produciría un daño cierto, que jurídicamente no debe soportar, generando un desequilibrio a la ecuación económica del contrato, que le debería ser compensada ajustando las inversiones a la realidad del mercado de cemento. Que, si bien es consciente de que el Concesionario está obligado a ejecutar el contrato por su cuenta y riesgo, no significa que deba soportar la ocurrencia de riesgos asociados de manera ilimitada; la crisis de economía de los Estados Unidos, es un riesgo que se escapa a lo razonable y ordinario, que no tiene la obligación de soportar. En este momento al obligar a la **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** a ejecutar el Plan de Inversiones, se estaría frente a un daño cierto futuro, que con certeza se generará en el momento en que se efectúen las inversiones. Argumento que es nuevamente desarrollado en su memorial del 27 de julio de 2018.

3.1.4 Fuerza Mayor.

En criterio del Concesionario nos encontramos ante la ocurrencia de un hecho imprevisible, irresistible e inimputable a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, el cual constituye un eximente del cumplimiento de las obligaciones contractuales, no se puede hablar de incumplimiento, si la inejecución de las obligaciones se debió a un evento de fuerza mayor, bajo la premisa de la configuración de tres elementos, que el hecho sea imprevisible, irresistible y que no haya acaecido por circunstancias imputables al obligado. Para el caso en estudio, las exportaciones de cemento "sufrieron un cambio a nivel global imprevisible para la fecha de suscripción del CONTRATO y del Otros", como efecto de la crisis financiera hipotecaria del 2008 en Estados Unidos, situación que afectó el proyecto portuario; por otro lado los efectos a largo plazo de la crisis en especial sobre la comercialización del cemento en los Estados Unidos no eran previsibles, así mismo las consecuencias de la plurimencionada crisis no

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

podían ser evitadas por el Concesionario máxime cuando la proyección financiera de la Concesión se sustentaba en la exportación de cemento a Estados Unidos; para terminar considera que las causas de la imposibilidad de cumplimiento, ya expuestas, son hechos exógenos al Concesionario. Argumento que es nuevamente expuesto en su memorial del 27 de julio de 2018.

3.1.5 Diligencia del Concesionario.

Expone la apoderada del Concesionario, que éste ha procedido con la diligencia debida, toda vez que frente a la situación irresistible y extraordinaria que acaeció, realizó ante la Agencia las gestiones en procura de la conjuración de la crisis y de la adopción de una *"postura que le permitiera continuar con la ejecución del contrato"*. Que advertida la situación de crisis acudió a la Agencia con el fin de conseguir un replanteamiento del Plan de Inversiones, el cual se plasmó con la suscripción del Otrosí, y como quiera que la situación adversa no cesó, nuevamente buscó en la ANI una alternativa de solución para superar las situaciones que hacían inviables la ejecución de las inversiones. Fruto de lo cual se presentó una solicitud de modificación en el 2016, que se plasmó una transacción que finalmente no prosperó, ante lo cual nuevamente en aras de la búsqueda de una alternativa viable de solución, presentó en el 2017 una propuesta de sustitución de inversiones.

3.1.6 Vulneración del Principio de la Buena Fe Contractual.

Para el Concesionario, con la apertura del proceso sancionatorio, la Agencia ha vulnerado principios, como quiera que, a pesar de tener conocimiento de su buena voluntad y diligencia, optó por dar trámite a esta actuación administrativa.

Respecto del principio de la buena fe contractual, base de las relaciones contractuales, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política de Colombia, que obliga a ambas partes a actuar con lealtad, principio del que considera que se apartó la ANI, toda vez que teniendo conocimiento de que *"se debatían salidas negociadas al impacto que un hecho imprevisto generó en el mercado y que afectó dramáticamente la rentabilidad del negocio, decidió dar inicio a un proceso conminatorio"*, conociendo además que resultaba imposible realizar las inversiones.

En lo atinente al principio de la confianza legítima, éste cobra importancia cuando *"la administración ha creado expectativas favorables para el administrado y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones"*, el Concesionario *"contaba con la convicción de que se encontraba en un proceso conjunto con la ANI, de análisis de las diferentes opciones para buscar una salida al inconveniente presentado"*, por lo que resultó sorpresivo que la Agencia reanudara la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474. Manifestó que no puede la ANI desconocer todas las gestiones realizadas por el Concesionario en procura de la búsqueda de una solución a la problemática planteada, en su opinión la Agencia debió mantener una coherencia en sus actuaciones y debe tener respeto por *"los compromisos a los que se ha obligado"*.

3.1.7 Improcedencia de la Multas y Cláusula Penal.

Considera **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, que el objeto, la finalidad, la oportunidad y los requisitos de aplicación de la multa y la cláusula penal son distintos, que con fundamento en lo regulado en el artículo 17 de la Ley 1150 y en las Cláusulas Décima Octava y Décima Novena, la cláusula penal podrá ser aplicada únicamente cuando se declare el

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

incumplimiento definitivo del contrato, por lo que su pago no se hace a título de sanción, sino de una tasación anticipada de perjuicios. Igualmente expresó, que la jurisprudencia ha establecido que la multa es aplicable a situaciones de incumplimientos parciales no justificados por parte del contratista, y la cláusula penal lo es para incumplimientos definitivos, por lo que no resulta procedente *"declarar un incumplimiento parcial e imponer multas, pero al mismo tiempo declarar un incumplimiento definitivo aplicando la cláusula penal para la misma obligación"*.

Por otra parte, el Concesionario **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** en su memorial del 27 de julio de 2018, respecto de la improcedencia de seguir adelantando el presente proceso sancionatorio y por ende la no procedencia de la imposición de la multa y la cláusula penal, hizo una exposición de las actividades adelantadas a efecto de lograr un acuerdo con la Agencia respecto de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, planteando igualmente la existencia de una controversia respecto de la actualización del valor de las inversiones, la cual en su parecer es de competencia de los jueces del Contrato de Concesión, situación que amerita la suspensión del presente proceso administrativo sancionatorio e incluso su archivo.

3.2 Descargos de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

3.2.1 El apoderado del Garante manifiesto su coadyuvancia de la totalidad de los argumentos expuestos por el Concesionario, así como su solicitud de pruebas, con fundamento en las cuales pide el archivo del proceso.

3.2.2 La Imposición de la Sanción Sería Violatoria de la Teoría del Acto Propio

El apoderado llamó la atención sobre la suscripción del Otrosí del Contrato de Concesión, que modificó el Plan de Inversiones, Otrosí que encuentra su origen en una solicitud que hace el Concesionario, en la cual se mencionó: *"Sin embargo como es sabido las condiciones mundiales del mercado cambiaron drásticamente obligando al Concesionario a recurrir a solicitar un aplazamiento de las inversiones proyectadas soportado en las siguientes razones.."*, quiere decir ello que dentro de los antecedentes del Otrosí se encuentran una serie de explicaciones asociadas al cambio de las condiciones del mercado del cemento a nivel mundial.

Manifestó, que la suscripción del Otrosí, fundada en dicha motivación supone que la Entidad validó las razones que fueron expuestas por el Concesionario, al solicitar la modificación del Plan de Inversión, ello quiere decir que al suscribir el Otrosí la Entidad de alguna manera reconoció acertadamente que efectivamente se había dado un cambio en las condiciones del mercado de cemento a nivel mundial, y que como consecuencia de dicho cambio el Plan de Inversiones no podía cumplirse como estaba previsto originalmente.

Consideró, que la pregunta que surge es, si la Entidad en ese momento entendió que el mercado del cemento había cambiado en cuanto a sus condiciones se refiere y que esas condiciones impedían la ejecución del Plan de Inversiones tal como estaba previsto, ¿qué fue lo que cambió en ese mercado mundial a partir de la suscripción del Otrosí hasta el momento en que se formula la citación a esta audiencia?, se debería suponer que conforme los principios de buena fe, confianza legítima y respecto por el acto propio la Entidad hoy en día no podía cambiar su posición para entender que el mercado mundial de cemento no cambio, la Entidad a partir de la celebración de un acto vinculante como lo es el Otrosí, fijó una posición que está fundada en que esa situación de hecho efectivamente se presentó y en que

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

esa situación de hecho efectivamente era una cuestión justificante de la no ejecución del Plan de Inversión, por lo tanto para entender la citación a la presente audiencia por el incumplimiento del Plan de Inversiones en los términos en que quedó en el Otrosí, debería entenderse que hubo un cambio en la situación de hecho, y entendiendo ello así, le resulta extraño a la ASEGURADORA que en la citación no se haya hecho algún tipo de análisis al respecto.

Afirmó, que si la ANI entendió en su momento que esa era la situación que se había presentado, como un justificante de la no ejecución del Plan de Inversiones y hoy en día manifiesta que debe ejecutar el Plan de Inversiones tal como quedó establecido en el Otrosí, lo que se debe suponer es que la ANI está entendiendo que definitivamente se generó una recuperación en el mercado, que ya hace injustificable la no ejecución del Plan de Inversiones, sin embargo ningún análisis se hace al respecto, al no hacerse dicho análisis en la citación, el Garante entiende que no obstante omitir la ANI dicho análisis sobre esa circunstancia, entiende que se está presentando un incumplimiento.

Para terminar, la ASEGURADORA hizo un llamado por el respeto al acto propio, ya que hoy en día sería contradictorio con el acto propio sancionar el incumplimiento cuando las razones que motivaron la suscripción del Otrosí persisten, esas razones tendrían que cambiar porque jurídicamente a la ANI ya no le es dable cambiar de posición y actuar en contravía de la posición que fijó al momento de la suscripción del Otrosí. Estando claro, como se probará con el resultado de la práctica de las pruebas, que ese mercado no se ha recuperado, lo que se espera por parte de la Agencia es que algún tipo de solución distinta a la imposición de una sanción deba buscarse al problema que se presenta con la ejecución del contrato.

Concluye el apoderado del Garante manifestando que la imposición de una sanción en contravía de las mencionadas circunstancias y de los principios a que hizo alusión, generaría la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio que se profiriera.

3.2.3 Improcedencia de la Multas y Cláusula Penal.

Respecto del monto de la posible sanción a imponer, considera que no es posible imponer una sanción pecuniaria como lo es la multa diseñada para incumplimientos de carácter parcial y una cláusula penal que funge como una estimación anticipada de perjuicios, diseñada para incumplimientos definitivos y totales, como quiera que la multa y la cláusula penal tienen el mismo propósito, su aplicación se hace inviable.

Expone el Garante, que en el derecho privado no existe una referencia normativa asociada a la imposición de multas, simplemente se hace referencia de manera general a las cláusulas penales pecuniarias, con base en ello la jurisprudencia y la doctrina nacional han entendido que esa cláusula penal pecuniaria puede tener diversos propósitos, el primero, el de servir de apremio al deudor caso en el cual tiene una condición sancionatoria y conminatoria, el segundo hacer la veces de estimación anticipada de perjuicios, con una función de carácter resarcitorio. Eso que en derecho privado se denomina cláusula penal pecuniaria, se lleva al derecho público haciendo una distinción, a esa cláusula penal de carácter sancionatorio con efecto conminatorio se le denomina multa, y a la cláusula penal en los casos que hace las veces de estimación anticipada de perjuicios se le otorga ese mismo nombre.

Expuso que, no obstante revisando la citación y en particular el contrato de concesión, se manifiesta que en aplicación de la Cláusula Décimo Novena, se puede hacer uso de la cláusula penal pecuniaria allí establecida, puede hacerse una interpretación del sentido que

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

se le quiso dar dicha cláusula, es ¿simplemente sanción o funge como estimación anticipada de perjuicios?, por ello se esperaría que en la citación la Agencia se pronuncie sobre la interpretación que está dando a la cláusula y a que título se pretende la imposición de la misma como consecuencia de una posible declaratoria de incumplimiento. Se pregunta de la lectura de la citación, si lo que entiende la Entidad es que la cláusula penal está dispuesta para cumplir exclusivamente una función de sanción para adoptar una condición similar a la que tienen las multas establecidas en el contrato, si la interpretación es que se trata de una sanción se tienen que decir que ello violaría el principio del *non bis in idem*, porque se estaría imponiendo por un único incumplimiento unas multas y al mismo tiempo el valor de una sanción pecuniaria que no es otra cosa que una multa, bajo este entendimiento es incompatible la imposición de las multas con la imposición de una cláusula penal pecuniaria con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Solicitó la ASEGURADORA, que en caso de imponerse una sanción debe escogerse alguna de las sanciones, todo ello sin perjuicio de que el monto de una obligación indemnizatoria de esa compañía, estará determinado por el monto asegurado para el amparo de cumplimiento.

En dicha diligencia, se dejó constancia de que el apoderado de la ASEGURADORA se acogió a la petición de pruebas del Concesionario y no requiere ni aporta ninguna otra, a continuación, se procedió a la suspensión de la Audiencia para el análisis de los descargos efectuados. El 29 de mayo 2017 se continuó con el trámite de la audiencia resolviendo sobre la solicitud de pruebas que soportan los descargos, decretando unas y negando otras, resolviendo sobre aquellas pruebas que de oficio se consideraron pertinentes, procediéndose a efectuar su traslado y a la práctica de la testimonial solicitada, con la presencia de todas las partes.

Agotado entonces la recopilación de los elementos de prueba, se procede a resolver el fondo del asunto,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Respecto de la Competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura para emitir el presente acto administrativo.

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

De allí que, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgue "a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública", la facultad para imponer las multas pactadas en el contrato, declarar su incumplimiento e incluso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el pacto contractual, para lo cual, el artículo 86 da Ley 1474 de 2011 estableció el procedimiento que deben adoptar esas mismas entidades.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 dispone el procedimiento que deben adoptar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento -cuantificando los perjuicios del mismo-, imponer las multas y sanciones pactadas

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

en el Contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, eventos en los cuales, igualmente puede hacer efectiva la garantía conforme lo señalado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.

Mediante el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, se modificó la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones por la de Agencia Nacional de Infraestructura, Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte que tiene por objeto según lo previsto en el artículo 3º *ibidem* "... *planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público- Privada – APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo, dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación*".

En el artículo 11, numeral 8 de ese Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, y según lo dispuesto en la Resolución 475 de 24 de agosto de 2012, serán funciones del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras, la de *"orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y, en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias"*, igualmente en numeral 23 del referido artículo 11 *ibidem* se estableció como función del Presidente de la ANI *"Imponer multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos"*.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución ANI No. 273 del 13 de febrero de 2018, el Presidente de la Agencia, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998 y el artículo 11 del Decreto 4165 de 2011, delegó en el *"Vicepresidente Jurídico y en el Gerente de Proyecto y/o Funcional G2 9 con funciones de coordinación, trámite y finalización de los procesos administrativos sancionatorios, la facultad de declarar el incumplimiento, imponer multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así como la facultad de resolver los recursos que contra ellas se impongan conforme la Ley 1437 de 2011"*.

En tales condiciones, en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, la Agencia Nacional de Infraestructura, tiene la competencia para -agotado el trámite correspondiente-, declarar incumplimientos contractuales, imponer multas, hacer efectiva una cláusula penal, declarar un siniestro, y decretar perjuicios, según sea el caso, por lo que se procederá al análisis de fondo del asunto.

4.2. Del Problema Jurídico a Resolver.

Definido el escenario fáctico, probatorio y jurídico del asunto, se pasa entonces a analizar si **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, cumplió o no dentro del plazo contractualmente establecido, con su obligación de realizar el Plan de Inversiones, y si como consecuencia de ello, procede o no la imposición de la multa y la cláusula penal contempladas en el contrato.

4.3. Del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Agotado el trámite correspondiente, entre el Instituto Nacional de Concesiones – hoy Agencia Nacional de Infraestructura, y el Concesionario se celebró el Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, en cuya Cláusula Primera se estableció como Objeto del Contrato " *El INCO en virtud del presente contrato de concesión portuaria, permite al CONCESIONARIO la ocupación en forma temporal y exclusiva en una zona de playas de bajamar y aguas marítimas accesorias junto con las construcciones e inmuebles por destinación que allí se encuentran para la construcción, operación y desarrollo de las actividades portuarias de dicho servicio privado. El área solicitada en concesión se encuentra en la zona portuaria de Mamonal, en la jurisdicción del Distrito Especial Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con las zonas correspondientes al área aledaña a la dársena de Caspique y al área correspondiente a las zonas de uso público aledañas a los terrenos del proyecto que fuera de Alcalís de Colombia S.A. por el término de veinte (20) años a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato*".

De este contrato existe el Orosí No 1 de 2015, en el cual se modificó su Cláusula Séptima "Plan de Inversiones", quedando en los siguientes términos:

"ACUERDAN

CLÁUSULA PRIMERA: Modificar la Cláusula Séptima del **CONTRATO – PLAN DE INVERSIONES**, la cual quedará así:

CLÁUSULA SÉPTIMA. PLAN DE INVERSIONES. EL plan de inversiones que desarrollará **EL CONCESIONARIO** en la zona de uso público, equivalente a **TREINTA Y UNO MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES (USD 31.776.721)** en valores corrientes. **EL CONCESIONARIO** deberá presentar reportes mensuales de las inversiones realizadas detallando para cada ítem el estado de avance físico y financiero.

INVERSIÓN	TOTAL	Ejecutado 2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Año contractual		Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
NUEVA PLATAFORMA	17.579.819	-	-	-	-	-	10.129.567	7.450.252
SISTEMA DE CARGUE	11.515.469	-	-	-	-	-	10.490.937	1.024.532
SISTEMAS DE COLECCIÓN DE POLVO	188.709	-	-	-	-	-	188.709	-
SISTEMAS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO	297.454	-	-	-	-	-	297.454	-
SISTEMAS ELÉCTRICOS Y DE CONTROL	808.613	-	-	-	-	-	-	808.613
SISTEMA DE AMARRE	1.386.206	-	-	-	-	-	-	1.386.206
TOTAL DE INVERSIÓN	31.776.271						915.531	470.675
Tasa de Descuento	14,60%							
VPN NUEVO CRONOGRAMA	13.479.394							
VPN CONTRACTUAL	13.478.414							
DIFERENCIA EN VPN (A cuenta y Riesgo)	980							

Establece el numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley 01 de 1991 que "La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos".

Prevé el numeral 4 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sobre el contrato de concesión. "Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden."

4.4. De las Normas o Cláusulas Presuntamente Incumplidas.

Se ha discutido en el marco del proceso sancionatorio, el cumplimiento por parte del Concesionario de su obligación de ejecución del Plan de Inversiones en los términos establecidos en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 "OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato".

Plan de Inversiones que tal como se mencionó en el numeral 4.3 del presente escrito se encuentra desarrollado en el Contrato en su **Cláusula Séptima** "PLAN DE INVERSIONES. El plan de inversiones que desarrollará EL CONCESIONARIO en la zona de uso público, equivalente a TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES (USD 31.776.721) en valores corrientes. EL CONCESIONARIO deberá presentar reportes mensuales de las inversiones realizadas detallando para cada ítem el estado de avance físico y financiero ..."

V. DE LA DECISIÓN FINAL SANCIÓN Y SU CORRESPONDIENTE FUNDAMENTACIÓN

5.1. De los Descargos Formulados por la Sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A.S

Se tiene que en cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 01 de 1991 "Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones", a la sociedad Zona Franca Argos S.A, le fue otorgada por parte del INCO, hoy ANI, mediante la expedición de la Resolución 073 de 2010, una concesión portuaria para "...la ocupación en forma temporal y exclusiva en una zona de playas, bajamar y aguas marítimas accesorias y la infraestructura que allí se encuentra, para la construcción, operación y desarrollo de las actividades portuarias de dicho servicio privado. El área solicitada en concesión se encuentra en la zona portuaria de Mamonal, en la jurisdicción del Distrito Especial Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con las zonas correspondientes al área aledaña a la dársena de Cospique y al área correspondiente a las zonas de uso público aledañas a los terrenos del proyecto que fuera de Alcalis de Colombia S.A", en virtud de la cual, el 8 de marzo de 2010, el INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura y la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 8 de marzo de 2010, compuesto por veinticuatro cláusulas, en las cuales los contratantes establecieron el decálogo de reglas que gobiernan la ejecución y desarrollo del universo de derechos y obligaciones de las partes.

En este orden de ideas el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 8 de marzo de 2010, fue fruto de la construcción conjunta de un acuerdo de voluntades, que en el marco de lo

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

dispuesto en la Ley 01 de 1991, establecieron sus reglas o pautas de conducta, bajo la premisa de que se cumpliría con todo aquello que se convino de manera consiente y libre, este sustrato contractual fue concretado en el ordenamiento jurídico en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 el cual dispone " *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*" y elevado a la categoría de principio en la contratación por la doctrina y la jurisprudencia en los siguientes términos "*lex contractus, pacta sunt servanda*",

Sobre los aspectos aquí expuestos se ha manifestado el Consejo de Estado:

"Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, éste es un acto jurídico generador de obligaciones que tiene su fundamento primario en el principio de la autonomía de la voluntad -aunque matizado por ciertos límites que, por diversas razones, son establecidos por el legislador -, en el sentido de que las partes concurren a su celebración y en consecuencia asumen las obligaciones correlativas, por una libre y autónoma decisión de acudir a este procedimiento de intercambio económico y por ello, en general, la ley debe operar sólo de manera supletiva, frente a los vacíos que las partes hayan podido dejar respecto de la regulación de su relación y sólo para llenar esas lagunas de la voluntad. Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato; como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602 establece que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración". Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de septiembre de dos mil tres (2003). Radicación Número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119) Actor. Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

Está claro que el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 8 de marzo de 2010, estableció como ley del contrato en su Cláusula Décima Quinta numeral 15.33, que es una obligación a cargo del Concesionario la realización de las inversiones del Plan de Inversiones, la cual se encuentra contemplada en la Cláusula Séptima del Contrato, que fuera modificada en el Otrosí No 1 del 27 de febrero de 2015. Se constituye el desarrollo del Plan de Inversiones, en lo que atañe a la presente controversia administrativa, en la obligación más relevante de esta relación jurídica contractual, y que por lo mismo resulta imprescindible su cumplimiento, toda vez que ésta además de materializar las proyecciones técnicas y financieras establecidas por el Contratista para la satisfacción de las necesidades que la comercialización y transporte de sus productos requieren, hacen parte del patrimonio público, ya que por estar enmarcadas dentro de la concepción de un contrato de concesión, estará su titularidad en cabeza del Estado una vez opere la etapa de reversión.

Dicha obligación, tal como se encuentra estipulada al día de hoy, como una regla del contrato, se encuentra incumplida, conforme se probó dentro del proceso con las manifestaciones de la supervisión del contrato referenciadas en el subnumeral 2.3.1 del presente acto administrativo, a saber comunicaciones con radicados ANI No. 2015-303-018677-1 del 18 de agosto de 2015, 2015-303-025329-1 del 26 de octubre de 2015, 2016-303-00788-1 del 15 de enero de 2016, 2017-303-009758-3 del 12 de julio de 2017, así como la declaración del doctor

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Carlos Horacio Yusty Calero, Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos S.A, en diligencia testimonial del 19 de julio de 2017.

No obstante que las leyes del contrato se establecieron para ser cumplidas, manifiesta el Concesionario, que no pudo honrar sus compromisos contractuales, debido a circunstancias y situaciones de comercialización del mercado de cemento en los Estados Unidos que en la etapa de descargos ha calificado como imprevisibles, irresistibles e inimputables al Concesionario, en los siguientes términos:

" ...ello sin dejar de advertir que es claro para Argos que la situación que se presentó con el mercado, fue imprevisible, irresistible e inimputable al CONCESIONARIO cambiando drásticamente las condiciones del negocio, no siendo financieramente viable efectuar las inversiones en los términos previstos en el Otrosí" (Página 11 numeral 29 escrito de descargos), "Ahora, si en gracia de discusión, para la ANI las diferentes reuniones llevadas a cabo, como la solicitud de modificación del CONTRATO y la ocurrencia de un evento imprevisible, irresistible e inimputable a ARGOS, no eran circunstancias que hicieron variar su posición, así han debido señalarlo en su citación..." (Página 16. Párrafo 6 escrito de descargos), "Es para el CONCESIONARIO fundamental poner de presente que la situación imprevisible, irresistible y no imputable a ARGOS que se presentó con la crisis del mercado de cemento en EE. UU fue advertida oportunamente a la entidad concedente" (Página 18. Párrafo 3 escrito de descargos), "...consideramos en todo caso relevante que, si la ANI considera que el daño que se alega no genera el desequilibrio señalado, en todo caso contemple que nos encontraríamos ante la ocurrencia de un hecho imprevisible, irresistible e inimputable al CONCESIONARIO que se constituye en un eximente del cumplimiento de las obligaciones contractuales" (Página 25. Párrafo 4 escrito de descargos), "Es decir, la inejecución del contrato o una obligación del contrato no da lugar a la declaratoria de incumplimiento del contratista si ello se debió a un evento de fuerza mayor siempre y cuando se configuren tres (3) elementos a saber: que el hecho sea imprevisible, irresistible y no haya acaecido por circunstancias imputables al obligado" (Página 26. Párrafo 3 escrito de descargos), configuración de requisitos que para el Concesionario se cumplieron, así lo manifestó respecto de la imprevisibilidad "Los efectos que a largo plazo podía tener la mencionada crisis financiera, particularmente sobre la comercialización de cemento en EE. UU no eran previsibles, situación que persiste actualmente habida cuenta que el mercado no se ha recuperado..." (Página 27. Párrafo 7 escrito de descargos), en lo concerniente a irresistibilidad "Adicionalmente, debemos indicar que los efectos de la crisis financiera del 2008 resultan irresistibles para la economía mundial y por ende para el CONTRATO, situación que exige al CONCESIONARIO de cumplir con las obligaciones previstas" (Página 28. Párrafo 3 escrito de descargos), en lo referido al elemento de inimputabilidad "Por lo tanto, el hecho exógeno al contratista que conlleva al incumplimiento del plan de inversiones por parte del CONCESIONARIO radica en el cambio las condiciones del mercado y la falta de recuperación del mismo en los niveles esperados, efecto de la crisis financiera de 2008..." (Página 28. Párrafo 6 escrito de descargos), y termina "En conclusión, el hecho notorio de la crisis financiera de 2008 en EE. UU, según queda demostrado en el Informe de Banca de Inversión de Bancolombia, ponen en evidencia que la imposibilidad de cumplir con el plan de inversiones configura un evento constitutivo de fuerza mayor, reuniendo los requisitos de ser un hecho imprevisible, irresistible e inimputable al CONCESIONARIO. En este sentido carece de fundamento legal una eventual imposición de multas por incumplimiento del CONTRATO, ya que dicha situación obedece a un evento de fuerza mayor que exonera de cumplimiento al deudor" (Página 28 Párrafo 7 y Página 29 Párrafo 1 escrito de descargos).

Como quiera que los descargos del Concesionario se fundamentan principalmente en el acaecimiento de un evento de orden imprevisible, irresistible e inimputable al Concesionario, la crisis interna del mercado del cemento en EE.UU cuya consecuencia fue el cambio sustancial en condiciones del negocio, fuerza es entonces proceder al análisis de la situación expuesta por el Concesionario a la luz de la legislación y el contrato.

Sobre esta materia expone el profesor Guillermo Ospina Fernández:

” Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.”

“Como el deudor solo incurre en responsabilidad cuando la inejecución o el retardo de su obligación le es imputable por haber cometido dolo o culpa, conclúyese, por el contrario, que no hay lugar a dicha responsabilidad ni la consiguiente indemnización de perjuicios al acreedor cuando el incumplimiento no le es imputable a aquel, sino que es el resultado de un hecho extraño que supera su voluntad y que lo coloca en imposibilidad absoluta y permanente o transitoria de cumplir.

Este planteamiento ofrece el concepto de caso fortuito, como factor exonerante de responsabilidad, así definido en el artículo 1 de la ley 95 de 1890: “Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc”.

Varias teorías han elaborado los civilistas franceses para distinguir entre el caso fortuito y la fuerza mayor, por cuanto el Código de Napoleón, a veces, emplea separadamente dichas expresiones. Pero las aludidas teorías no son de recibo entre nosotros, comoquiera que la precitada definición legal refiere a ambas expresiones a un solo concepto, lo que es acertado y evita sutilezas que, más que claridad, arrojan a confusión en tan delicada materia.” Régimen General de las Obligaciones. Ed Temis. Bogotá Colombia. 2001 Pág. 106.

Revisado el Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, se evidencia que el advenimiento de una situación considerada como caso fortuito o fuerza mayor se encuentra regulada en su Cláusula Vigésima Segunda, que a su tenor literal dispone:

“CLAUSULA VIGÉSIMA SEGUNDA, SUSPENSIÓN DEL CONTRATO. El presente contrato de concesión portuaria podrá ser suspendido por situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y/o cualquier circunstancia ajena a EL CONCESIONARIO que impidan el cumplimiento de las obligaciones del contrato, debidamente reconocidos por el INCO, o quien haga sus veces, mediante resolución motivada de conformidad con las disposiciones vigentes. Al presentarse un evento como los anteriores, EL CONCESIONARIO deberá tomar las medidas razonables del caso en el menor tiempo posible, para remover o superar el obstáculo y/o la circunstancia que impide la ejecución del contrato. Si esto no es posible y la circunstancia persiste, las partes podrán de común acuerdo: a) Suspenden temporalmente la ejecución del contrato hasta por dos (2) años, mediante la suscripción de un acta donde conste tal evento, sin que para los efectos del plazo extintivo, se compute el tiempo de la suspensión. b) Si al término de la suspensión, las causales de fuerza mayor o caso fortuito no han desaparecido, EL INCO Y/O CONCESIONARIO podrán optar por terminar el contrato de mutuo acuerdo, sin lugar de indemnización alguna para el CONCESIONARIO. PARAGRAFO: En todo caso y previa evaluación realizada por el INCO, éste podrá terminar unilateralmente el contrato cuando las circunstancias que motivaron la suspensión no ha desaparecido o no implican una imposibilidad para ejecutar el contrato”

Se infiere de lo expuesto, que la ley del contrato contempla una ritualidad particular, a la que debe darse trámite y cumplimiento, cómo obligación que es del Contrato de Concesión Portuaria, en presencia del acaecimiento de un evento de fuerza mayor o caso fortuito, por lo tanto, el escenario obligatorio para resolver este tipo de situaciones es el que se encuentra desarrollado de manera completa en la referida Cláusula Vigésima Segunda, se puede deducir que si **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** tiene la convicción errada e invencible de que la situación del mercado del cemento en los Estados Unidos es un evento de caso fortuito o fuerza mayor, debe acudir al escenario contractualmente procedente, poner en conocimiento de la Supervisión del Contrato sus consideraciones fáctico jurídicas que se erigen en un evento de caso fortuito o fuerza mayor, para que proceda la Agencia a establecer

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

la existencia de los mismos, proceder a la expedición de la resolución que en derecho corresponda, y agotar las gestiones establecidas en dicha Cláusula.

Teniendo clara la premisa de que la ley del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, establece una regulación puntual, un escenario legal en el que deben discutirse, tramitarse y obtener una solución al acaecimiento de circunstancias, que en el caso puntual valora, pondera y establece en sus descargos el Concesionario, como un evento de caso fortuito o fuerza mayor, se procederá al análisis de cada uno de los argumentos expuestos por la defensa de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**

5.1.1 Nulidad por Vicios de Procedimiento – Vulneración al Debido Proceso.

Respecto de la aseveración que la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, omitió la inclusión de algunos antecedentes fácticos, en especial el relato de los hechos y circunstancias que dan cuenta de la existencia de un evento irresistible, imprevisible e inimputable a éste consistente en la grave alteración del mercado del cemento, y que como consecuencia de ello se está en presencia de una falsa motivación de la citación, la Agencia se permite manifestar, que el escenario natural establecido tanto para el Concesionario como para la Supervisión del contrato, en el que se deben debatir la existencia de la realidad fáctico jurídica de los eventos catalogados por **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** es el establecido en la Cláusula *Vigésima Segunda del referido Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010*, reglas que están dispuestas para las partes contratantes y que son conocidas por las mismas, y que por lo tanto se erigen como la garantía del derecho al debido proceso que le asiste al Concesionario y al Concedente. No es pues el procedimiento administrativo sancionatorio, el ámbito contractual y legal donde se deben ventilar tales asuntos, resolver sobre tales asuntos en el marco del proceso sancionatorio sería una transgresión al debido proceso dispuesto contractualmente, por tanto en la mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento, que ordena el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no resulta menester el relato relativo de lo que para el Concesionario constituyen el acontecer de eventos de fuerza mayor o caso fortuito.

Para el Despacho la citación del presente proceso administrativo sancionatorio, cumple a cabalidad con lo ordenado en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como quiera que contiene la mención expresa y detallada de los hechos que soportan el presunto incumplimiento por parte del Concesionario de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, referidas a la realización del Plan de Inversiones, incluso revisados los soportes probatorios que acompañan la citación se encuentran las comunicaciones surtidas en el trámite de la primera y segunda solicitud de modificación del contrato, hecho que da cuenta que la información suministrada por el Supervisor del contrato, contextualizó a los funcionarios encargados de los asuntos administrativos sancionatorios, de todos los hechos relacionados con el presunto incumplimiento contractual de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**.

Así las cosas, el Despacho desestima la nulidad presentada por el Concesionario, bajo el entendido de que la citación surtida en el presente proceso cumple con los requisitos establecidos en la ley, por tanto, no adolece de falsa motivación y no es violatoria del debido proceso.

5.1.2 Situación del Mercado de Cemento – Fuerza Mayor

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Manifestó la defensa de Concesionario que el cambio de las condiciones del mercado del cemento, su caída abrupta y repentina, que afectó la rentabilidad del negocio portuario, se constituyen en un hecho imprevisible e irresistible no imputable a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, generador de un eximente de responsabilidad que excusa la inejecución del Plan de Inversiones; no se puede hablar de incumplimiento, si la inejecución de las obligaciones se debió a un evento de fuerza mayor, con la premisa de la configuración de tres elementos, que el hecho sea imprevisible, irresistible y que no haya acaecido por circunstancias imputables al obligado.

Sobre el particular nuevamente, se reitera lo anteriormente expuesto, en el sentido de que en cumplimiento imperativo de la ley del contrato, es categórico que la situación expuesta por el Concesionario sobre las condiciones del mercado de cemento en Estados Unidos como un hecho imprevisible y resistible no imputable a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, generador de un eximente de responsabilidad, deben ser alegadas y expuestas a la Agencia en el marco de lo establecido en la Cláusula Vigésima Segunda y resueltos en dicho escenario procesal según corresponda. Se tiene entonces, que la existencia de eventos de fuerza mayor o caso fortuito en ejecución del presente Contrato de Concesión Portuaria, no pueden ser procesalmente de recibo por parte de este Despacho, y en gracia de discusión su estudio pudiera llegar a ser procedente frente a la existencia de causales eximentes de responsabilidad de la ejecución de obligaciones contractuales, siempre y cuando antes de manera previa se hubieran tramitado por el conducto pertinente y haber logrado la expedición de la Resolución por parte de la Agencia decretando la existencia de los mismos.

Resulta importante igualmente anotar, que el Concesionario soportó fundamentalmente su defensa y desarrollo argumentativo en el estudio que aportó como prueba, realizado por la Banca de Inversión Bancolombia sobre el mercado del cemento, en el cual se hace un análisis del panorama de la industria global del cemento, la situación económica de Estados Unidos 2006-2010, prueba que la Gerencia negó de conformidad con lo dispuesto por el artículo 168 del Código General del Proceso -aplicable por remisión del artículo 40 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, ya que como se expuso en un acápite anterior del presente acto administrativo no está acreditado o soportado: (i) El receptor de ese documento sea quien lo aporta al proceso; (ii) Las razones, objeto o fin para las cuales se elaboró el documento; (iii) La certeza sobre la veracidad de la información usada para su elaboración; (iv) Que exista autorización expresa de quien elaboró el documento para que sea aportado como prueba dentro de la actuación administrativa sancionatoria; y (v) El levantamiento de la reserva y confidencialidad del documento.

Por otra parte del testimonio del doctor Carlos Horacio Yusty Calero, Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos S.A., solicitado por la apoderada del Concesionario, tampoco resulta pertinente para probar la tesis expuesta por **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, toda vez que a la pregunta elevada por la Gerencia en el sentido de ¿sí la crisis comenzó en el 2008, por qué se solicitó y aprobó en el 2010 el Plan de Inversiones, cuál es la justificación que usted considera que tuvo Argos bajo esa premisa si se sabía de la crisis, por qué se solicitó y aprobó ese Plan en el año 2010 en el Contrato de Concesión de Zona Franca?, a lo que respondió el testigo, porque las premisas que se tenían eran una recuperación rápida del mercado americano y basados en esos fundamentos de la recuperación de la Asociación de Cementeros de Estados Unidos, cita que se hace por ser la fuente pública que se puede consultar, había una proyección de que el mercado americano se iba a recuperar de una manera rápida, con estos supuestos Argos hizo sus análisis y se consideró que era importante hacer esa inversión en el puerto de Cartagena, supuestos que cambiaron

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

radicalmente, no ha pasado esa recuperación, y esa recuperación ha sido más lenta de lo que inicialmente se consideró. De lo cual se infiere que en el entendimiento del declarante, el evento de fuerza mayor o caso fortuito, no fue la crisis o la situación primigenia del mercado del cemento en Estados Unidos, de la cual tenía conocimiento, sino fue la no recuperación del mercado conforme las proyecciones que había establecido el Concesionario, por lo tanto, no puede este Despacho considerar este testimonio como prueba de lo manifestado por la defensa del Concesionario.

Para terminar, vale la pena recabar que el testimonio ofrecido por el doctor Yusti, quien ante la pregunta del Despacho ¿Desde el punto de vista financiero, no jurídico, que acciones ha emprendido Argos para poder cumplir con el Plan de Inversiones de este contrato?, contestó: *"Desde finales del año 2015, se ha venido solicitando una modificación al contrato de concesión, una modificación al contrato de concesión que permita ajustar el monto de la inversión a las nuevas realidades de exportación que consideramos pueden hacerse desde Cartagena; es decir, hay que amoldar o poner proporcional el tamaño de la inversión a lo que es el tamaño... lo que hemos venido haciendo en una acción conjunta en términos financieros legales es tratando de modificar, mirando con la ANI como modificar el monto de la inversión, para que ese monto de la inversión corresponda a lo que necesitamos para atender el volumen de exportación"*, se puede igualmente inferir que si para el Concesionario el camino más acertado para buscar una solución a la problemática que se presentó en la ejecución del contrato, resultado de la lentitud de la recuperación del mercado del cemento en los Estados Unidos, y que en palabras del Concesionario ha dado lugar al incumplimiento de la ejecución del Plan de Inversiones, era el trámite de una modificación contractual, y no lo era la invocación de las reglas de establecidas en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, era porque **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, tenía la convicción de que no estaba en presencia de la existencia de eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, que son alegados de manera novedosa por la apoderada del Concesionario en el curso de la presente actuación administrativa.

Concluye el Despacho, que los argumentos expuestos por la defensa del Concesionario no son de recibo para justificar el no cumplimiento del Plan de Inversión.

5.1.3 Existencia de un Daño Futuro y Cierto.

Considera el Concesionario, si analizado lo ocurrido con el mercado del cemento, no deberá encontrarse obligado a efectuar las inversiones inicialmente previstas, ya que su ejecución le produciría un daño cierto que jurídicamente no debe soportar, lo cual le generaría un desequilibrio a la ecuación económica del contrato, que le debería ser compensada ajustando las inversiones a la realidad del mercado de cemento.

Sobre el particular consagra el numeral 1 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993:

"Artículo 5º.- De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta Ley, los contratistas:

1º. Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato.

En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como se puede evidenciar, la norma en comento establece como *requisito sine qua non*, para que a un contratista le sea reconocido el derecho al restablecimiento de la ecuación económica del contrato, la "ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas", requisito medular que en este caso no se cumple. Se ha reiterado cómo la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, estableció el marco normativo a seguir por parte del Concesionario y el Concedente en presencia de situaciones imprevistas no imputables al Contratista, ley del Contrato cuyo cumplimiento no se tiene noticia en el presente proceso administrativo sancionatorio; en gracia de discusión aunque dichas situaciones imprevistas fueron alegadas por el Concesionario, manifestando la existencia de eventos de caso fortuito o fuerza mayor, no fueron debidamente probadas.

Valga la pena anotar que de la declaración del doctor Carlos Horacio Yusty Calero, Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos S.A., en el sentido que el entendimiento de la ocurrencia del evento de fuerza mayor o caso fortuito, no fue la crisis o la situación primigenia del mercado del cemento en Estados Unidos, de la cual tenía conocimiento el Concesionario, sino que fue la no recuperación del mercado conforme las proyecciones que había establecido **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, analizada igualmente dentro de las leyes del contrato de Concesión Portuaria, pudiera estar enmarcada en:

1. Lo establecido en el numeral 6 de sus consideraciones "6. Que el CONCESIONARIO acepta que la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución de este contrato son de su exclusiva responsabilidad y en caso de que tenga lugar un suceso que ponga en riesgo su ejecución, el CONCESIONARIO no tendrá derecho a indemnización o reconocimiento alguno a su favor por parte del Estado pues éste declara que conoce y ha evaluado los términos y condiciones técnicas, económicas, comerciales y jurídicas del proyecto objeto del presente contrato".
2. Lo estipulado en la Cláusula Trigésima, riesgos del concesionario que establece "EL CONCESIONARIO acepta que la totalidad de riesgos inherentes a la ejecución del contrato en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de reversión serán asumidos por EL y que la ocurrencia de algún riesgo, no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor del CONCESIONARIO. Dentro de los riesgos asumidos están, sin limitarse a ellos: el riesgo de estudios y diseños, de construcción, de cantidades de obra, presupuesto, plazo de ejecución de las obras, de mantenimiento, de operación, comercial, social, ambiental, de demanda, cartera, financiero, cambiario, soberano o político, predial, tributario, seguridad portuaria, seguridad y protección a las instalaciones portuarias, higiene y seguridad industrial".
3. La consagración de la Cláusula Décima Quinta "Obligaciones del Concesionario subnumeral 15.20 "Será responsabilidad del CONCESIONARIO llevar a cabo la promoción y mercadeo del puerto".

De lo expuesto colige este Despacho, que la situación objeto de análisis al no cumplirse con los requisitos establecidos en la Ley 80 de 1993 y en el Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, no es de recibo como eximente de cumplimiento de obligaciones del Concesionario, la denominada "Existencia de un Daño Futuro y Cierto".

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

5.1.4 Diligencia del Concesionario.

Expone el Concesionario, su diligencia debida, toda vez que frente a la situación irresistible y extraordinaria que acaeció, realizó las gestiones encaminadas a remediar la crisis en procura de continuar con la ejecución del contrato, fruto de lo cual en un primer momento se logró la suscripción del Otrosí No 1, en el cual se replanteó el Plan de Inversiones, toda vez que la situación adversa no cesó, en segundo momento nuevamente ha trabajado en dos alternativas de solución para franquear las situaciones que hacían inviables la ejecución del Plan Inversiones.

La diligencia debida, en el contexto del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, es entendida como el cuidado razonable que deben tener las partes contratantes, en procura del acatamiento de lo allí dispuesto, la ley de las partes, para el logro del cumplimiento efectivo de sus obligaciones.

En el tema del derecho de las obligaciones al deudor (léase contratista-concesionario), sólo incurre en responsabilidad por el incumplimiento las obligaciones a su cargo cuando le es imputable por haber cometido culpa. Sobre el tema el Profesor Guillermo Ospina Fernandez, considera que:

"La Imputabilidad por la Culpa ...A las buenas intenciones hay que agregar algo más: prudencia, diligencia, cuidado en la ejecución de lo debido, pues dicha finalidad puede frustrarse no solo porque el deudor abrigue el ánimo dañado de incumplir, sino también porque culposamente deje de poner los medios adecuados, por torpeza, negligencia o descuido. Por tanto, los actos jurídicos y las obligaciones exigen rectitud u honestidad en la intención y, además requieren de prudencia, diligencia en el cuidado de su ejecución..." Ospina Fernandez. Op cit. Pág 96 (Subrayado fuera de texto).

Sobre la culpa y la diligencia contractual el Código Civil dispone en los incisos 2, 3 y 4 del artículo 63 y en el artículo 1604, lo siguiente

"Artículo 63. Culpa y Dolo. La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

(...)

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

*Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella **diligencia** y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.*

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

*Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada **diligencia** que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado".*

*"Artículo 1604. Responsabilidad del Deudor. El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; **es responsable***

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levísima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes" (Negrilla y subrayado fuera de texto).

Se concluye, que si el parecer de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, es conforme lo manifestó en sus descargos, la existencia del acaecimiento de un evento de orden imprevisible, irresistible e inimputable al Concesionario, a saber, la crisis interna del mercado del cemento en EE.UU cuya consecuencia fue el cambio sustancial en condiciones del negocio, debió actuar con la **diligencia** y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, es decir buscando una solución a dicha problemática en el marco del acatamiento de lo dispuesto en el Contrato de Concesión Portuaria ante la presencia de situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, quiere decir ello que sólo podría hablarse de diligencia del Concesionario, si éste hubiera actuado agotando las solemnidades establecidas en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Concesión Portuaria. Como quiera que el actuar del Concesionario no se dirigió en ese sentido, no se puede tener por probada la diligencia de quien ha debido emplearla la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**; por lo tanto la diligencia debida alegada por el Concesionario, que pudiera dar cuenta de que su conducta fue exenta de culpa y en consecuencia el reconocimiento de la no imputabilidad de la misma y del incumplimiento del Contrato de Concesión, no resulta procedente para el Despacho.

Para terminar, acude este Despacho al espíritu teleológico de este proceso administrativo, para llamar la atención del Concesionario; está probado en el presente proceso que el Plan de Inversiones, convenido el 8 de marzo de 2010 en los términos solicitados por el Concesionario y modificado en el mes de febrero de 2015 a solicitud de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** también en los términos requeridos por esta compañía, pasados ocho años, tenga a la fecha un porcentaje de incumplimiento de más del 99% y empero ello asevere que ha actuado con diligencia en la ejecución del contrato.

5.1.5 Vulneración del Principio de la Buena Fe Contractual.

Considera el Concesionario, con la apertura del proceso sancionatorio, la Agencia vulneró el principio de la buena fe y la lealtad, ya que no obstante conocer la buena voluntad y diligencia de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, optó por dar trámite a la presente actuación administrativa sancionatoria. Igualmente el Concesionario estima que contaba con la convicción de que se encontraba en un proceso conjunto con la ANI de análisis de las diferentes opciones para buscar una salida al inconveniente presentado, por lo que al darse la reanudación de la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de manera sorpresiva, resquebrajó el principio de confianza legítima nacido de las gestiones realizadas por el Concesionario y el trámite que de las mismas ha dado la Agencia en la búsqueda de una solución a la problemática planteada.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Tal como quedó expuesto en el numeral 5.1.4 del presente acto administrativo, para este Despacho no es de recibo la tesis esgrimida por la defensa del Concesionario en el sentido que obró con la diligencia esperada ante las situaciones expuestas, que dieron lugar al incumplimiento de la obligación de ejecución del Plan de Inversiones, toda vez que su conducta no se ciñó con el apego requerido a las reglas del Contrato de Concesión Portuaria, en especial a los protocolos normativos de su Cláusula Vigésima Segunda. No obstante ello, plantea que el proceder de la Agencia con la instauración y trámite del presente proceso de carácter conminatorio y en especial la eventual declaratoria de incumplimiento e imposición de multa, estaría viciada de nulidad por el quebrantamiento de los principios de buena fe y confianza legítima.

Analizando este argumento encuentra el Despacho que en el expediente reposan como prueba las solicitudes de modificación del contrato presentados por **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, el 22 de enero de 2016 con radicado ANI No 2016-409-004864-2, el 22 de febrero de 2016 con radicado ANI No 2016-409-014079-2 y el 2 de junio de 2017 con radicado ANI No 2017- 409-058278-2, fundamentadas en lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1 de 1991 y el artículo 2.2.3.3.3.5 del Decreto 1079 de 2015 " *Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte*" que modificó el artículo 21 del Decreto 474 de 2015, los cuales a su tenor literal consagran:

Ley 1 de 1991. Artículo 17. "Cambio en las condiciones de la concesión. *Para que una sociedad portuaria pueda cambiar las condiciones en las cuales se le aprobó una concesión portuaria, debe obtener permiso previo y escrito de la Superintendencia General de Puertos, que sólo lo otorgará si con ello no se infiere perjuicio grave e injustificado a tercero, y si el cambio no es de tal naturaleza que desvirtúe los propósitos de competencia en los que se inspiran los procedimientos descritos en los artículos 9, 10, 11 y 12 de esta ley. Al hacer cualquier cambio en las condiciones de la concesión podrá variarse la contraprestación que se paga a la Nación, así como el plazo"*

Decreto 1079 de 2015. Artículo 2.2.3.3.3.5. *"Modificación de los contratos de concesión. El procedimiento para la modificación de los contratos de concesión será el siguiente:*

1. *Quien solicite la modificación del contrato de concesión deberá publicar en un diario de circulación nacional un aviso que indique el objeto y alcance de la modificación y el valor aproximado de las nuevas inversiones a realizar.*

En el evento que la modificación incluya la solicitud sobre zonas de uso público adicionales se describirán estas de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1.1.1 y 2.3 del artículo 2.2.3.3.1.2 del presente Decreto.

2. *Dentro de los dos (2) meses siguientes a la publicación, cualquier persona que tenga interés legítimo podrá oponerse a la solicitud de modificación.*

3. *Vencido el término para formular oposiciones, la entidad convocará a Audiencia Pública a quienes por Ley deban citarse para divulgar los términos y condiciones de la modificación.*

4. *La entidad competente aprobará o negará la solicitud de modificación previa decisión de su Consejo Directivo o su Órgano equivalente".*

Una vez examinadas dichas solicitudes de modificación del Plan de Inversiones, se encuentra que en su motivación fáctica no se manifestó de manera expresa y clara, como su fundamento vertebral que los cambios del mercado del cemento en los Estados Unidos, se constituían en un evento de fuerza mayor acaecido de manera imprevisible, irresistible e inimputable al Concesionario. Por lo tanto, resulta comprensible y explicable que la Agencia les haya dado el trámite de rigor establecido en las disposiciones jurídicas en comento, por demás cumpliendo el contrato con total adhesión al cumplimiento de los

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

postulados del principio de la buena fe, dando credibilidad a la argumentación fáctica de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**

Ahora bien, es en el curso del presente proceso administrativo sancionatorio, donde este Despacho encuentra de manera primigenia que **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** sostiene la tesis de la existencia de un evento constitutivo de fuerza mayor acaecido de manera imprevisible, irresistible e inimputable al Concesionario, ante lo cual fuerza es concluir que si los motivos del cambio del contrato eran de esa naturaleza, lo que le correspondía a éste, en cumplimiento de la ley de contrato era agotar el procedimiento establecido en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010. Este devenir de los acontecimientos explica por qué la supervisión del contrato solicitó a la Vicepresidencia Jurídica de la Agencia procediera a instruir el proceso sancionatorio que acá nos ocupa, ante la existencia de un presunto incumplimiento de las obligaciones del Concesionario referidas a la ejecución del Plan de Inversiones, valga la pena reseñar previo apremio al cumplimiento del contrato hecho por parte del supervisor en las comunicaciones con radicados ANI No 2015-303-018677-1 del 18 de agosto de 2015, 2015-303-025329-1 del 26 de octubre de 2015 y 2016-303-000788-1 del 15 de enero de 201, en las cuales también fue advertida la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, que el no cumplimiento de sus obligaciones daría lugar al inicio del proceso sancionatorio conminatorio, como corolario de lo expuesto encuentra este Despacho que las actuaciones surtidas por la Agencia se adecuan a los postulados del principio de la buena fe, consagrado en la Constitución Política de Colombia y los Códigos Civil y de Comercio, así las cosas no encuentra probada la mala de fe que alega el Concesionario impera en las actuaciones de la Entidad Concedente.

Respecto a la violación al principio de confianza legítima por parte de la Agencia, ante el hecho de que la Entidad creó expectativas al Concesionario y lo sorprendió al eliminar súbitamente esas condiciones, encuentra este Despacho, que este argumento está fundado de una respetable interpretación subjetiva de los hechos y de las normas que rigen los trámites de modificación contractual. Presentada la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria por parte del Concesionario, es obligación de la Agencia dar trámite a la misma, ese es el único derecho que le asiste y que nace para el solicitante, que la Entidad encamine su gestión en orden a dar respuesta a la misma, no significa ello como lo pretende **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, que la presentación de la solicitud y todo el despliegue de los funcionarios de la Agencia, se insiste orientados a lograr una contestación de aprobación o negación, signifique que previa la verificación del cumplimiento de los requisitos de ley y la suscripción de la respuesta correspondiente, con la sola presentación de la solicitud y su trámite *per se*, se presuma que la misma será aprobada por la Agencia y que por lo mismo genere una expectativa con cariz de derecho.

La Agencia con el trámite de las solicitudes de modificación nunca creó una expectativa de aprobación favorable a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, tanto es así, que dichas solicitudes de modificación fueron negadas. Por lo tanto, la Agencia no eliminó de manera súbita condiciones favorables al Concesionario, por la simple razón de que éstas nunca existieron, la idea de su existencia obedece a una percepción subjetiva del Concesionario que fincó su esperanza en la aprobación de las solicitudes.

Sobre la continuación de la Audiencia, puntualmente continuar con la presentación de los descargos, se reitera lo manifestado por el Gerente de Defensa Judicial quien advirtió en su momento, que el ejercicio de la potestad sancionatoria no está sujeta al libre albedrio

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

de los funcionarios responsables de su ejecución, sino que muy por el contrario resulta imperativa, en orden al acatamiento de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, una vez se haya evidenciado el posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Con fundamento en lo expuesto resulta pertinente despachar desfavorablemente este alegato de amparo de los intereses de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, ante el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

5.1.6 Improcedencia de la Multas y Cláusula Penal.

Considera **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S**, que el objeto, la finalidad, la oportunidad y los requisitos de aplicación de la multa y la cláusula penal son distintos, que con fundamento en lo regulado en el artículo 17 de la Ley 1150 y en las Cláusulas Décima Octava y Décima Novena, la cláusula penal podrá ser aplicada únicamente cuando se declare el incumplimiento definitivo del contrato, por lo que su pago no se hace a título de sanción, sino de una tasación anticipada de perjuicios. La jurisprudencia ha establecido que la multa es aplicable a situaciones de incumplimientos parciales no justificados por parte del contratista, y la cláusula penal lo es para incumplimientos definitivos, por lo que no resulta procedente *"declarar un incumplimiento parcial e imponer multas, pero al mismo tiempo declarar un incumplimiento definitivo aplicando la cláusula penal para la misma obligación"*.

Para entrar a decidir sobre la improcedencia del cobro concomitante de la multa y la cláusula penal, tal como lo expone el Concesionario, resulta pertinente tener como preámbulo la jurisprudencia del Consejo de Estado, que previene cómo la competencia sancionatoria de las entidades públicas que entraña la imposición de sanciones, a saber multas y cláusulas penales pecuniarias, puede llevarse a cabo, atendiendo al sentido común de manera concomitante, durante la ejecución del contrato, en los siguientes términos:

"No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, así es que de ninguna manera quedó limitado a que se haga sólo "durante el plazo" del contrato. En este sentido, el inciso primero del art. 17 de esta ley expresa categóricamente: "... Esta decisión... procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista...". Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección Consejero ponente: Enrique Gil Botero Radicación número: 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). 24 de octubre de 2013.

Ahora bien, comenzaremos a analizar cómo se ha hecho en el curso del presente acto administrativo, remitiéndonos a la fuente primigenia de las obligaciones, el Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, que cómo lo hemos resaltado enfáticamente se constituye ley de las partes, la norma jurídica de obligatorio cumplimiento que debe cumplirse a su tenor. Dispone literalmente el clausulado del Contrato:

"CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. MULTAS Y SANCIONES. A EL CONCESIONARIO se le podrán imponer las siguientes multas sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley y que corresponde aplicar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

haga sus veces: ... 18.8 Por no ejecutar el plan de inversión propuesto por el CONCESIONARIO dentro del 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" PARAGRAFO PRIMERO: El monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del Contrato durante la vigencia del mismo. PARAGRAFO SEGUNDO: Para la imposición de las multas se seguirá el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo. PARAGRAFO TERCERO EL CONCESIONARIO autoriza al INCO para que una vez en firme el acto administrativo que sanciona, preste mérito ejecutivo. No obstante lo anterior el INCO podrá optar por hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.

"CLÁUSULA DECIMA NOVENA. PENAL PECUNIARIA. En el evento que EL INCO declare la caducidad o el incumplimiento del presente contrato EL CONCESIONARIO DEBERÁ PAGAR la suma equivalente al 10% del valor total de la contraprestación como sanción pecuniaria. El valor pagado por el CONCESIONARIO, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a EL INCO, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelante EL INCO". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Revisadas las Cláusulas Décima Octava y Décimo Novena, esta Gerencia coincide con lo anotado por el Concesionario en el sentido que la finalidad de la multa y la cláusula penal son distintas. Respecto de la multa, su finalidad se encuentra claramente establecida en el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 cuando dispone de manera clara "En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones"; en lo concerniente a la finalidad de la cláusula penal, tal como lo ha desarrollado recurrentemente la jurisprudencia, dispuso la referida Cláusula Décima Novena "Se considera como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a EL INCO". Examinada la citación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, revisada la alusión que hace el Concesionario en el sentido de que tanto la multa como la cláusula penal son tratadas como sanciones, se encuentra que en la citación se hace una transcripción de las referidas las Cláusulas Décima Octava y Décimo Novena del Contrato de Concesión Portuaria, en las que como ya se precisó están inspiradas y dirigidas a una finalidad distinta.

Manifiesta el Concesionario en la exposición de sus descargos que la multa es aplicable en ejecución del contrato a "incumplimientos parciales injustificados del contratista", afirmación con la que comulga esta Gerencia, no así con la siguiente afirmación "mientras que la segunda figura (refiriéndose a la cláusula penal) se presenta en eventos definitivos, toda vez que en primer lugar tanto la Cláusula Décima Novena del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, como la parte final del inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 contienen la expresión "incumplimiento" sin el adjetivo calificativo definitivo, por lo que resulta aplicable a cualquier tipo de incumplimiento bien sea parcial o total; también exigible en cualquier momento, bien sea que éste se produzca durante la vigencia del contrato, o cuando el contrato ha terminado, será aplicable en todo momento mientras se encuentre pendiente el cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, en este sentido el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre estos dos aspectos :

"Es indiscutible, bajo el régimen del artículo 18 del Estatuto General de Contratación de la Administración, que si el contratista no se aviene a convenir con la administración las medidas necesarias para la cabal ejecución del objeto contratado, ésta puede, mediante acto administrativo debidamente motivado, adoptarlas y hacerlas obligatorias. Por tanto, y bajo el amparo del artículo 18 de

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

la ley 80 de 1993, **podría también mediante acto administrativo que declare el retardo o el incumplimiento parcial de la obligación, cobrar las cláusulas penales estipuladas para estas situaciones**". Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil- Consejero ponente: Enrique José Arboleda Perdomo. Radicación número: 11001-03-06-000-2006-00050-00(1748). 25 de mayo de 2006.

Respeto de los argumentos planteados por **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** en su memorial del 27 de julio de 2018, en lo atinente a las actividades adelantadas por el Concesionario a efecto de lograr un acuerdo con la Agencia respecto de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, en desarrollo de las cuales incluso en parecer del Concesionario, la Agencia reconoce la inconveniencia de proseguir con la realización de las inversiones en los términos establecidos en el clausulado del Contrato de Concesión; esta Gerencia se permite manifestar, en atención a lo expuesto en el numeral 2.1 del presente acto administrativo, la Gerencia de Defensa Judicial de la Agencia mediante Memorando con radicado ANI No 2018-701-011255-3 del 27 de julio de 2018, informó que conciliación prejudicial sobre los asuntos objeto de esta actuación administrativa fue declarada fallida, resulta forzoso inferir que tales actividades y esfuerzos resultaron inanes, y que por lo mismo para la Agencia Nacional de Infraestructura, las obligaciones de ejecución del Plan de Inversiones a cargo del Concesionario deben ser ejecutadas en los términos establecidos en el Contrato de Concesión Portuaria.

Frente a los argumentos esbozados, por el Concesionario su memorial del 27 de julio de 2018, referentes al valor de las inversiones, respecto del cual en su opinión existen dudas razonables sobre la forma de proceder del Concesionario y que por lo mismo deben ser resueltas judicialmente ante un Tribunal de Arbitramento, implicando bajo la óptica de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, que no es el presente proceso administrativo de carácter sancionatorio el escenario para resolver las controversias entre las partes, esta Gerencia se permite manifestar que el Proceso Administrativo Sancionatorio, es un instrumento con el cual cuenta la administración, destinado a la preservación del orden jurídico institucional mediante competencias que le son asignadas legalmente que la facultan para la exigencia de la disciplina del cumplimiento contractual cuya efectividad contribuye a la realización de los fines y cometidos de la administración.

Para el efecto, la Agencia ha ejercido la facultad prevista en el ordenamiento legal para la debida vigilancia y control de los contratos estatales, contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. La primera norma indica en términos generales que, en desarrollo del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, estas tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al Contratista al cumplimiento de sus obligaciones y declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. La segunda prerrogativa, señala que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Esta Entidad entiende la facultad contenida en las anteriores normas con un alcance obligacional mayor, es decir, no corresponde exclusivamente a una facultad, sino a una obligación o en el deber de vigilancia de los contratos estatales, con el objeto de hacer realidad la función pública inmersa en la contratación estatal. En este sentido, la Agencia en

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

su calidad de Entidad Concedente considera que el mero anuncio del Concesionario de acudir al Arbitramento para dirimir los puntos del valor de las inversiones que en su sentir son objeto de controversia, sin que entre otras cosas medie siquiera la instalación de dicho Tribunal ni una medida cautelar de naturaleza judicial que ordene la suspensión del presente proceso administrativo sancionatorio, pueda ser un argumento jurídico para la suspensión del ejercicio de las prerrogativas contenidas en el ordenamiento legal para la vigilancia y control del negocio jurídico estatal.

En consecuencia, se colige que a pesar de que existe en el Contrato de Concesión una "Cláusula Compromisoria y Arbitramento Técnico", la Agencia está en el deber y tiene el derecho de iniciar y concluir las actuaciones que estime necesarias para verificar la correcta ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No 3 de 2010, de modo que no está llamado a prosperar el argumento presentado por el Concesionario, así como tampoco resultan procedentes la solicitudes de suspensión y archivo del la presente actuación administrativa.

Por todo lo expuesto referente a la tesis del Concesionario, dilucidado en este acápite, para esta Gerencia este descargo no está llamado a proceder.

5.2. De los descargos formulados por la ASEGURADORA

Respecto de la coadyuvancia manifestada por el apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, a la totalidad de los argumentos expuestos por el Concesionario, deberá estarse a los pronunciamientos que sobre los mismos ha hecho esta Gerencia.

5.2.1 La Imposición de la Sanción Sería Violatoria de la Teoría del Acto Propio

Manifiesta el apoderado de la Aseguradora que la suscripción del Otrosí, fue fundada en el cambio drástico en las condiciones del mercado del cemento en Estado Unidos, motivación con la cual la Entidad validó las razones expuestas por el Concesionario, al solicitar la modificación del Plan de Inversión, ello quiere decir que al suscribir el Otrosí la Entidad de alguna manera reconoció un cambio en las condiciones del mercado de cemento a nivel mundial, fijando una posición y como consecuencia de dicho cambio el Plan de Inversiones no podía cumplirse como estaba previsto originalmente; por tanto con motivo de la citación por el incumplimiento del Plan de Inversiones en los términos en que quedó en el Otrosí, debe entenderse que hubo un cambio en la situación de hecho, que hubo una recuperación del mercado y entendiendo ello así, resulta extraño que en la citación no se haya hecho algún tipo de análisis al respecto. Hace entonces la Aseguradora, un llamado por el respeto al acto propio, ya que hoy en día sería contradictorio con el acto propio sancionar el incumplimiento cuando las razones que motivaron la suscripción del Otrosí persisten, esas razones tendrían que cambiar porque jurídicamente a la ANI ya no le es dable cambiar de posición y actuar en contravía de la posición que fijó al momento de la suscripción del Otrosí, y como quiera que probará que ese mercado no se ha recuperado, se espera por parte de la Agencia es que algún tipo de solución distinta a la imposición de una sanción deba buscarse al problema que se presenta con la ejecución del contrato. Manifiesta el apoderado, que la imposición de una sanción en contravía de las mencionadas circunstancias y de los principios a que hizo alusión, generaría la ilegalidad del acto administrativo sancionatorio que se profiriera.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Analizando lo dicho por la Jurisprudencia sobre la Teoría del Acto Propio, la Corte Constitucional en Providencia T -618 de 2000, recogiendo lo manifestado por esta misma Corporación en Sentencia T-827-99, manifestó:

"Respeto al acto propio"

En la citada T- 295/99 se precisó este concepto:

" Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita, pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto.

La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo "Venire contra pactum proprium nellí conceditur" y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.

El tratadista y Magistrado del Tribunal Constitucional Español Luis Díaz Picazo enseña que la prohibición no impone la obligación de no hacer sino, más bien, impone un deber de no poder hacer; por ello es que se dice "no se puede ir contra los actos propios".

Se trata de una limitación del ejercicio de derechos que, en otras circunstancias podrían ser ejercidos lícitamente; en cambio, en las circunstancias concretas del caso, dichos derechos no pueden ejercerse por ser contradictorias respecto de una anterior conducta, esto es lo que el ordenamiento jurídico no puede tolerar, porque el ejercicio contradictorio del derecho se traduce en una extralimitación del propio derecho."

La mencionada sentencia dice que el respeto del acto propio requiere de tres condiciones para que pueda ser aplicado: **a.** Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. **b.** El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. **c.** La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

En la doctrina y en la jurisprudencia colombiana no ha sido extraño el tema del **acto propio**, es así como la Corte Constitucional en la T-475/92]- dijo:

"La doctrina, por su parte, ha elaborado diversos supuestos para determinar situaciones contrarias a la buena fe. Entre ellos cabe mencionar la negación de los propios actos (**venire contra factum proprium**), las dilaciones injustificadas, el abuso del poder y el exceso de requisitos formales, sin pretender con esta enumeración limitar el principio a tales circunstancias."

El 13 de agosto de 1992, el Consejo de Estado, Sección Tercera, reiteró la filosofía contractual que en casos similares había expuesto tal Corporación, en los siguientes términos:

"Cuando las partes se suscitan confianza con la firma de acuerdos, documentos, actas, deben hacer homenaje a la misma. Ese es un MANDAMIENTO MORAL y un PRINCIPIO DEL DERECHO JUSTO. Por ello el profesor KARL LORENZ, enseña:

"El ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro y no tiene más remedio que protegerla, porque PODER CONFIAR, como hemos visto, es

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defrauda la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, especialmente a la otra parte en un negocio jurídico, contraviene una exigencia que el Derecho - con independencia de cualquier mandamiento moral - tiene que ponerse así mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad el tráfico interindividual. Aquí entra en juego la idea de una seguridad garantizada por el Derecho, que en el Derecho positivo se concreta de diferente manera... (Derecho justo. Editorial Civitas, pág. 91).

"La Corporación encuentra que con inusitada frecuencia las partes vinculadas a través de la relación negocial resuelven sus problemas, en plena ejecución del contrato, y firman los acuerdos respectivos. Transitando por esa vía amplían los plazos, reciben parte de la obra, se hacen reconocimientos recíprocos, pero instantes después vuelven sobre el pasado para destejer, como Penélope, lo que antes habían tejido, sembrando el camino de dificultades desleales, que no son de recibo para el Derecho, como tampoco lo es la filosofía del INSTANTANEISMO, que lleva a predicar que la persona no se obliga sino para el momento en que expresa su declaración de voluntad, pero que en el instante siguiente queda liberado de sus deberes. Quienes así proceden dejan la desagradable impresión de que con su conducta sólo han buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos. Olvidan quienes así actúan que cuando las personas SE VINCULAN generan la imposibilidad de ROMPER o DESTRUIR lo pactado. Solo el juez, por razones de ley, puede desatar el vínculo contractual".

En la jurisprudencia española se ha manejado esta problemática dentro del siguiente perfil:

(...)

Miguel S. Marienhoff dice que: "El acto que creó derechos, si es 'regular' no puede ser extinguido por la administración pública mediante el procedimiento de la revocación por razones de 'ilegitimidad'". Es válido el anterior concepto para toda clase de actos que definen situaciones jurídicas porque la razón para que no haya revocatorias unilaterales también lo es para el respeto al acto propio, por eso agrega el citado autor: "Es este un concepto ético del derecho que, tribunales y juristas, deben tener muy en cuenta por el alto valor que con él se defiende" El respeto al acto propio no se predica solo de magistrados y juristas, sino de todos los operadores jurídicos porque se debe a que la estabilidad de dicho acto tiene como base el principio de la buena fe, no solo en la relación del Estado con los particulares sino de estos entre sí, buena fe que hoy tiene consagración constitucional en Colombia". Sentencia T-618/00 Referencia: expediente T-283528 Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. veintinueve (29) de mayo del dos mil (2.000).

Teniendo en cuenta las directrices esbozadas por la Corte Constitucional, respecto del alcance y comprensión de las ideas de la Teoría del Acto Propio allí planteadas, corresponde revisar las actuaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura y el Concesionario:

- 1) Se tiene que por parte del hoy Concesionario se presentó ante el INCO, hoy ANI, una solicitud para que de conformidad con lo establecido en la Ley 1 de 1991, le fuera otorgada una concesión portuaria para la comercialización de cemento, misma que mediante Resolución 073 de 2010, le fuera otorgada y diera origen al Contrato de Concesión Portuaria 003 del 8 de marzo de 2010, Contrato que producto de una solicitud del Concesionario argumentando "que las obras a desarrollar dependen de las condiciones del mercado internacional

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

del cemento y otros productos asociados a su proceso productivo", fue modificado, previo el cumplimiento de los requisitos legales, por medio del Otrosí No 1 de 2015, especialmente en lo atinente a la ejecución del Plan de Inversiones, Plan de Inversiones que no ha sido cumplido por el concesionario, según lo ha expuesto en este proceso por razones de fuerza mayor atribuibles a la crisis del mercado del cemento en Estados Unidos; incumplimiento que evidenciado para la Vicepresidencia de Gestión Contractual, como supervisora del Contrato, debe ser objeto del procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

- 2) Para la Corte, tres son las condiciones que tienen que estar presentes para aplicar la Teoría del Acto Propio:

2.1) "Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz", para el caso concreto esta Gerencia evidencia la existencia de dos conductas jurídicas, anteriores, relevantes y eficaces: **La primera:** Constituida por la suscripción en el año 2008 del Contrato de Concesión Portuaria No 003, contrato otorgado por el entonces INCO a solicitud de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, para la producción de cemento, en las condiciones técnicas y financieras solicitadas por el hoy Concesionario, y con el cumplimiento de los requisitos legales, declarando como se consigna en el numeral 6 de su parte considerativa que " *conoce y ha evaluado los términos y condiciones técnicas, económicas, comerciales y jurídicas del proyecto objeto de este contrato*", condiciones económicas y comerciales que tal como lo atestiguó el doctor Yusti para el momento de su suscripción, tenían como elemento medular la crisis por la cual atravesaba el mercado del cemento en Estados Unidos desde el año 2008. **La segunda:** Retomando lo expuesto por la Aseguradora, la constituye la suscripción del referido Otrosí No 1 del Contrato de Concesión Portuaria, fruto de una solicitud expresa del Concesionario, bajo las condiciones técnicas y financieras solicitadas por **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, se entiende tal como lo estipula el contrato y las disposiciones legales, resultado de una evaluación y debida diligencia de las condiciones del mercado.

Resulta imperativo señalar al apoderado de la Aseguradora, que lo anteriormente expuesto desvirtúa su pretensión, nacida de la exigencia del respeto del acto propio, de poner en cabeza de la Agencia la responsabilidad de la asunción de los riesgos de mercado que se presentan en la ejecución del Contrato de Concesión, efectivamente la ANI dio luz verde a la fórmula planteada por el Concesionario para solucionar los problemas de ejecución con la suscripción del Otrosí No 1, a partir de allí su obligación como entidad pública contratante no podía ser otra distinta que la de exigir su cumplimiento, si la fórmula resultó insuficiente y no conllevó a la ejecución del Plan de Inversiones, es manifiesto que la evaluación, análisis y debida diligencia, responsabilidad del Concesionario, fue desacertada.

Nótese cómo la Agencia, ha sido coherente en el despliegue de sus actividades administrativas "anteriores, relevantes y eficaces", atendiendo las razones expuestas por el Concesionario, como argumentos tanto para el otorgamiento de la concesión portuaria, como para su modificación a través de la suscripción del Otrosí, razones que claramente son en esencia distintas, a los fundamentos expuestos por el Concesionario en el curso de la presente actuación

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

administrativa, que tal como se ha referido tienen como pilar la existencia de un evento de fuerza mayor que se presentó, al parecer del Concesionario, de manera imprevisible, irresistible e inimputable a éste, producto de la crisis interna del mercado del cemento en Estados Unidos, que valga la pena señalar riñen con lo atestiguado por el doctor Yusti.

2.2) *"El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción – atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas"*, ejercicio de la facultad que para este caso conforme la exposición de la Aseguradora, es el trámite de este proceso sancionatorio administrativo; analizado este punto, para la Gerencia la situación expuesta por la Aseguradora no se enmarca dentro de la comprensión de la figura jurídica objeto de estudio. Ello sería viable si la Agencia negara injustificadamente una solicitud de modificación del contrato con las mismas premisas y cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, que resulta distinta a la actividad desplegada por la Supervisión del Contrato, cuya génesis es el acatamiento de lo dispuesto en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 *"Evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido.."* y lo consagrado en el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993 *" De los Derechos y Deberes de las Entidades Estatales. Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante"*. Deviene de lo expuesto, que para este Despacho, de palmo no se cumple la segunda de las reglas o condiciones necesarias establecidas por la Corte.

2.3) *"La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas"*, para el efecto tenemos como sujetos dentro del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, a la Entidad concedente, Agencia Nacional de Infraestructura y al Concesionario **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**

- 3) Tal como lo manifiesta la Corte en el ejemplo provisto para ilustrar su aplicación, ante una problemática presentada en ejecución del Contrato de Concesión Portuaria, puntualmente en la ejecución del Plan de Inversiones, la Agencia a solicitud del Concesionario procedió a dar trámite y posterior suscripción al Otrosí No 1 de 2010, en el cual se efectuó una modificación al cronograma del Plan de Inversiones, que en ningún momento ha sido de objeto de acciones por parte de la Entidad en orden a su desarticulación o resquebrajamiento, la Entidad con su proceder nunca ha "buscado sorprender a la contraparte, sacando ventajas de los acuerdos que luego buscan modificar o dejar sin plenos efectos". La Agencia con el trámite del presente proceso administrativo sancionatorio, no está desconociendo lo acordado por las partes, está conminando a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** al cumplimiento de la ley el contrato en el marco de las competencias y deberes asignados por la ley.

Cómo corolario de lo anterior para este Despacho la actividad administrativa sancionatoria, se encuentra ajustada a la ley, no irrespeta sus Actos Propios, por lo tanto se desestima el argumento expuesto por la Aseguradora sobre tales aspectos.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

5.2.2 Improcedencia de la Multas y Cláusula Penal.

Es del parecer de la Aseguradora que no es posible imponer una sanción pecuniaria como lo es la multa diseñada para incumplimientos de carácter parcial y una cláusula penal que funge como una estimación anticipada de perjuicios, diseñada para incumplimientos definitivos y totales, como quiera que la multa y la cláusula penal tienen el mismo propósito, su aplicación se hace inviable. Si la que entiende la Entidad es que la cláusula penal está dispuesta para cumplir exclusivamente una función de sanción para adoptar una condición similar a la que tienen las multas establecidas en el contrato, si la interpretación es que se trata de una sanción, se tiene que decir por parte de la Agencia que ello violaría el principio del *non bis in ídem*, porque se estaría imponiendo por un único incumplimiento de unas multas y al mismo tiempo el valor de una sanción pecuniaria que no es otra cosa que una multa, bajo este entendimiento es incompatible la imposición de las multas con la imposición de una cláusula penal pecuniaria con fundamento en el artículo 29 de la Constitución Política de Colombia.

Sobre el argumento precedente, expuesto por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, este Despacho considera que la Aseguradora deberá estarse a lo ya consignado en el numeral 5.1.6 del presente acto administrativo, que contiene la respuesta ofrecida al Concesionario sobre la misma temática.

Por otro lado, aunque para la Gerencia es entendible con claridad meridiana la semántica de lo prevenido en la Cláusula Décima Novena del Contrato de Concesión Portuaria, dando contestación a lo solicitado por el apoderado de la ASEGURADORA, el Despacho procede a desarrollar el ejercicio interpretativo de dicho clausulado, en función a establecer si con la imposición de la multa y la cláusula penal, se está o no quebrantando el principio del *non bis in ídem*; dispone la cláusula en comento:

"CLÁUSULA DECIMA NOVENA. PENAL PECUNIARIA. *En el evento que EL INCO declare la caducidad o el incumplimiento del presente contrato EL CONCESIONARIO DEBERÁ PAGAR la suma equivalente al 10% del valor total de la contraprestación como sanción pecuniaria. El valor pagado por el CONCESIONARIO, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a EL INCO, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelante EL INCO".*

A efectos de hacer un análisis hermenéutico integral y sólido, lo haremos recurriendo a dos de las vertientes establecidas por el Código Civil, para la interpretación de las leyes (el contrato es la ley de las partes) y de los contratos: La interpretación gramatical y la interpretación a la luz de la intención o voluntad de los contratantes, lo cual permitirá someter a contrastación los resultados obtenidos.

Respecto de la interpretación gramatical establece el inciso 1 del artículo 27 del Código Civil *"Interpretación Gramatical. Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu"*, sobre el particular el profesor Jaime Giraldo Ángel, en su obra *"Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica"*, Segunda Edición. Bogotá Editorial TEMIS, indica como el método de interpretación semántico gramatical, consiste en el análisis del significado de las palabras que contienen las normas que han sido utilizadas por el legislador para consignar su voluntad, y que tiene como pilares o principios los siguientes, el primero de ellos que toda palabra tiene un valor exacto, el segundo, que las

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio; leído el texto de la Cláusula Décima Novena denominada "*Penal Pecuniaria*" se manifiesta que el Concesionario a quien se le declare la caducidad o incumplimiento deberá pagar una suma que dinero que se considerará como pago parcial pero no definitivo de "*los perjuicios causados*", considera el Despacho que el sintagma "*perjuicios causados*" ostenta un valor exacto y puede entenderse en su sentido natural y obvio, el detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa.

En lo que atiene a la interpretación de la intención o voluntad de los contratantes, reza el artículo 1618 del Código Civil "*Prevalencia de la Intención. conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras*", como primera medida se tiene que así como el Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 estableció de manera particular una cláusula para desarrollar todo el tema de las multas, la Cláusula Décimo Octava, también consagro de manera particular otra cláusula para abordar la temática de la cláusula penal pecuniaria, la Cláusula Décima Novena, hecho manifiesto que muestra cómo su intención era definir tema de manera particular. Ahora bien en su desarrollo claramente estableció que el Concesionario incurso en la figura de caducidad o en situación de incumplimiento pagaría un monto económico con una intención o destinación puntual, el pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados, por lo tanto dicha intención resulta irrefragable, establecer de manera anticipada la manera como debe ser indemnizado el detrimento patrimonial por su causante.

Como corolario de lo expuesto, haciendo un ejercicio de contrastación de los ejercicios exegéticos realizados, encontramos que ambos coinciden plenamente en establecer que la "*Cláusula Decima Novena. Penal Pecuniaria*", se estableció puntualmente para definir el pago parcial pero no definitivo de los perjuicios, por lo cual no resulta procedente emitir un juicio de ambigüedad sobre el contenido de esta disposición contractual, como el que sugiere el apoderado de la ASEGURADORA, para quien esta clausula penal tiene las mismas connotaciones de la Cláusula Décimo Octava referida a las multas. Tal como se le indicó a la apoderada del Concesionario en un aparte anterior de este acto administrativo, conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 la multa atiende a una función conminatoria. En síntesis, al no tener la multa y la cláusula penal una condición similar, su consagración en el Contrato de Concesión Portuaria y su exigencia en el presente proceso administrativo sancionatorio, no resulta violatoria del principio del *non bis in idem*, de donde se desprende que no resulta procedente atender positivamente el argumento expuesto por la Aseguradora sobre estos aspectos.

Solicitó la ASEGURADORA, que en caso de imponerse una sanción debe escogerse alguna de las sanciones, todo ello sin perjuicio de que el monto de una obligación indemnizatoria de esa compañía estará determinado por el monto asegurado para el amparo de cumplimiento.

5.3 De la imposición de la multa, tasación del valor de la misma.

A partir del incumplimiento acreditado en el proceso atribuible a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** por la no ejecución del Plan de Inversiones, tal como se encuentra consagrado en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 "*OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato*", procede entonces la imposición de multa, tal como se anunciara en la Cláusula Décimo Octava. **Multas y Sanciones**, según la cual "**A EL CONCESIONARIO**

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

se le podrán imponer las siguientes multas sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley y que corresponde aplicar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces: ... 18.8 Por no ejecutar el plan de inversión propuesto por el CONCESIONARIO dentro del 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" PARAGRAFO PRIMERO: El monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del Contrato durante la vigencia del mismo".

De acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décima Octava, a que se ha hecho alusión, la multa a causarse sería hasta el 5% del valor de las inversiones que se dejen de ejecutar en el período pactado, se tiene como obligación del concesionario ejecutar el Plan de Inversiones así:

Año Contractual	2010 Año 1	2011 Año 2	2012 Año 3	2013 Año 4	2014 Año 5	2015 Año 6	2016 Año 7	Total
Nueva Plataforma	0	0	0	0	0	10.129.567	7.450.252	17.579.819
Sistema de cargue	0	0	0	0	0	10.490.937	1.024.532	11.515.469
Sistema de colección de polvo	0	0	0	0	0	188.709	0	188.709
Sistemas de limpieza y mantenimiento	0	0	0	0	0	297.454	0	297.454
Sistemas eléctricos y de control	0	0	0	0	0	0	808.613	808.613
Sistemas de amarre	0	0	0	0	0	915.531	470.675	1.386.207
Total de Inversión	0	0	0	0	0	22.022.198	9.754.072	31.776.271
Tasa de descuento anual	14,60%							
VP Plan de inversiones	13.479.394							
VP Contractual	13.478.414							
Diferencia	980							

Nota: Cifras en dólares corrientes

Conforme a los antecedentes fácticos del proceso debidamente probados, se tiene que para el año 6 se encuentra pendiente por ejecutar USD 22.022.198:

Concepto	Valores (USD\$)
Montos de Inversión No ejecutados	
Programada para el año 6 (año 2015)	USD 22.022.199
(=) No ejecutada del periodo 6 (Equivalente al 100%)	USD 22.022.199

La multa corresponde hasta por el cinco por ciento (5%) del valor de las inversiones dejadas de ejecutar en el periodo pactado contractualmente, sin que exceda del veinte por ciento (20%) del valor del contrato, por lo que el valor de la multa a imponer será de SETECIENTOS SETENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN DÓLARES CORRIENTES (USD \$770.391), como valor máximo que ha de imponerse: podría imponerse, conforme el siguiente cálculo matemático:

Concepto	Valores (USD\$)
Montos de Inversión No ejecutados	
Programada para el año 6 (año 2015)	USD 22.022.199
(=) No ejecutada del periodo 6 (Equivalente al 100%)	USD 22.022.199
Cálculo de las Multas por Incumplimiento ejecución plan de inversiones	
(*) % de la multa	5,0%
(=) Valor Presunta Multa (USD22.022.199 * 5%)	USD 1.101.110
Cálculo monto máximo de multas	
Monto Total del contrato	USD 3.851.957
Sanción Máxima (20% del valor del contrato)	USD 770.391

Fuente: Cálculos Vice de Gestión Contractual con base en contrato y reportes de inversión.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

5.3. De la imposición de la Cláusula Penal, tasación del valor de la misma, y definición de afectación de seguro.

Con fundamento en el incumplimiento acreditado en el proceso atribuible a **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** por la no ejecución del Plan de Inversiones, tal como se encuentra consagrado en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 "OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato", procede entonces la exigencia de la cláusula penal, establecida en su Cláusula Décima Novena. Penal Pecuniaria, conforme la cual "En el evento que EL INCO declare la caducidad o el incumplimiento del presente contrato EL CONCESIONARIO DEBERÁ PAGAR la suma equivalente al 10% del valor total de la contraprestación como sanción pecuniaria. El valor pagado por el CONCESIONARIO, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a EL INCO, sin perjuicio de las acciones judiciales que adelante EL INCO".

Como quiera que la Cláusula Octava del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010, prevé el valor del contrato y de las contraprestaciones, con fundamento en dichos valores establece el monto de la Cláusula Penal, en atención al siguiente cálculo matemático:

Cláusula 19 - Contrato 003/10	
Porcentaje Sanción	10%
Contraprestación	USD3.851.957
Multa tasada USD Corrientes	USD 385.196

Fuente: Cálculos Vice Gestión Contractual con base en el Contrato de Concesión.

Como se observa en el cuadro anterior, el valor correspondiente a la cláusula penal asciende a TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS DÓLARES CORRIENTES (USD \$385.196).

5.4 Sobre la cobertura de la póliza de cumplimiento y su afectación

Finalmente, con ocasión del incumplimiento a cargo del Concesionario, de la multa y la cláusula penal a imponer en este caso, procede la afectación de la Póliza de Cumplimiento No. 0453939-4 **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.** en la que actúa como tomador y afianzado la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** y como asegurada la Agencia Nacional de Infraestructura. Esta póliza conforme lo allí consignado tiene una vigencia desde el 19 de febrero de 2010 hasta el 19 de febrero de 2022, el amparo de cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con ocasión del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010.

Es del caso proceder a la afectación de la póliza en su amparo de cumplimiento, toda vez que como se expuso en precedencia, no está acreditado que las situaciones de hecho alegadas por el Concesionario, constituyan un evento de fuerza mayor, luego, al resultar el incumplimiento atribuible al Concesionario, se trata de un siniestro objeto de amparo, por lo que los argumentos que en tal sentido invocó la apoderada de la garante, pierden su razón de ser al no aceptarse los eventos que podrían ser objeto de exclusión.

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

Por lo anterior, corresponderá la afectación de la póliza de cumplimiento en las condiciones en ella establecidas, en el evento en que el Concesionario no realice el pago de la sanción a imponer o en caso de que no pueda realizarse la compensación de las multas con cargo a las sumas que se adeude al Concesionario como lo permite el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.

En virtud de lo anteriormente expuesto se,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. - Negar la solicitud de nulidad procesal elevada por la apoderada judicial de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, la cual fue resuelta como argumento de fondo conforme a las razones expuestas en esta decisión.

ARTÍCULO SEGUNDO. - **DECLARAR** el incumplimiento de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** por el incumplimiento de la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010 "**OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato**", de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA** prevista en el Cláusula Décima Octava. Multas y Sanciones. del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, por un valor de **SETECIENTOS SETENTA MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN DÓLARES CORRIENTES (USD \$770.391)**, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO. - Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL**, establecida en la Cláusula Décima Novena. Penal Pecuniaria, del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, por un valor de **TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS DÓLARES CORRIENTES (USD \$385.196)**.

ARTÍCULO QUINTO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza No. 0453939-4 expedida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, en la que actúa como tomador y afianzado la compañía **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, y como asegurado la Agencia Nacional de Infraestructura, en su amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010, y en el evento en que la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S** se abstenga de efectuar el pago de la multa y la cláusula penal ordenada en los artículos precedentes de la parte resolutive, hacer efectiva la Garantía de Cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010.

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

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

" Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S."

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

ARTÍCULO NOVENO. - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá. D. C.,

31 JUL 2018

HEYBY POVEDA FERRO
Gerente de Proyecto y/o Funcional G2 09
Equipo de Sancionatorios
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Elaboró: Juan Carlos Avendaño Ariza – Abogado – Vicepresidencia Jurídica