



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20237070007285**
20237070007285

Fecha: **14-06-2023**

“POR MEDIO DE LA CUAL SE ADOPTA UNA DECISIÓN DE FONDO DENTRO DEL PROCESO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO INICIADO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN EL NUMERAL 40 DE LA CLÁUSULA 20, Y EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL OTROSÍ No. 02 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 003 DE 2015, POR PRESUNTAMENTE NO EFECTUAR LA EJECUCIÓN DEL PLAN DE INVERSIONES DE LOS AÑOS 2021 Y 2022 (AÑOS 2 Y 3). EXPEDIENTE No. 20227070320700065E”

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

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones ANI No. (s) 20221000007275 de 3 de junio de 2022, 295 de 25 de febrero de 2020 y 1069 de 15 de julio de 2019, y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, procede a resolver de fondo la presente actuación que se adelanta contra el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A.**, identificado con NIT 900.364.519-7, por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20, y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, y,

CONSIDERANDO

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Que dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

EN CALIDAD DE INVESTIGADO

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

EN CALIDAD DE GARANTE DEL INVESTIGADO

- 1.2.** La aseguradora **LIBERTY SEGUROS S.A.** (En adelante **“LIBERTY”**), identificada con NIT 860.039.988-0, garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de



2015, según póliza de cumplimiento No. 2574625, con vigencia desde el 30 de septiembre de 2015 hasta el 30 de septiembre de 2025.

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

2.1. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Mediante memorando 20223030108783 de 6 de septiembre de 2022, y el alcance efectuado con el memorando No. 20223030127463 del 21 de octubre de 2022, el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI solicitó iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A. por el presunto incumplimiento de las obligaciones contempladas en el numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020, obligaciones relacionadas con la ejecución del Plan de Inversiones de los años 2021 y 2022.

Mediante oficio radicado ANI No. 20227070372511 del 18 de noviembre de 2022, el Gerente del GIT Procesos Administrativos Sancionatorios Contractuales dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionatorio, remitiendo al concesionario SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. y a la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A., la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

La audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 tuvo lugar el día 25 de enero de 2023 a través de medios virtuales, por medio de la aplicación Microsoft Teams, en la cual se surtieron las diligencias dispuestas en el literal b) de dicha norma, esto es, se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse de la actuación. Asimismo, el Concesionario y los Garantes, mediante Apoderados, presentaron sus descargos, y el primero de los mencionados solicitó que en virtud del artículo 211 de la Ley 1437 de 2011, se trasladaran todas las pruebas obrantes en el expediente 20217070320700053E, así como las demás que hubieren sido solicitadas en el curso de dicho procedimiento. Del mismo modo la apoderada de la aseguradora solicitó el decreto de algunas pruebas.

Que mediante Auto No. 20237070000576 del 21 de marzo de 2023, el Despacho resolvió las solicitudes probatorias elevadas por los apoderados y asimismo se decretó una prueba de oficio, consistente en solicitar a la Supervisión del contrato de concesión, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibido del memorando por el cual se solicitaba su práctica, emitiera un informe actualizado en el cual se determinara el estado actual de cumplimiento obligacional que dio origen al presente proceso. Dicho Auto fue notificado al Concesionario y al Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin, el día 21 de marzo de 2023.

Que mediante Auto 20237070000846 del día 13 de abril de 2023 se incorporó y corrió traslado a los citados de la prueba decretada de oficio, contenida en el memorando ANI No. 20233030051883 del 10 de abril de 2023 y sus anexos. Dicho Auto fue notificado al Concesionario y al Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin, el día 13 de abril de 2023.

Que, dentro del término, el Apoderado del Concesionario en correo electrónico del 18 de abril 2023 describió el traslado de la prueba incorporada mediante el Auto 20237070000846 del día 13 de abril de 2023. Cabe destacar que el apoderado en el traslado descrito solicitó la suspensión del presente procedimiento hasta tanto no se defina por la Agencia las propuestas presentadas por el Concesionario a efectos de suscribir un acuerdo transaccional, así como un acuerdo de pago en virtud de la declaratoria de incumplimiento del plan de inversiones del año 1, y la incorporación de dos pruebas documentales. Asimismo, señaló que en el memorando ANI No.





20233030051883 del 10 de abril de 2023 existe una imprecisión, toda vez que: (i) el Concesionario en correo del 3 de marzo de 2023 si precisó los términos de la propuesta para celebrar el acuerdo transaccional, (ii) el Concesionario mediante oficio del 31 de marzo de 2023 si precisó los términos de la propuesta para el acuerdo de pago con la información que le fuera requerida con oficio ANI 20237010092921 del 21 de marzo de 2023.

2.1. DEL CARGO ÚNICO IMPUTADO.

Tal como se estableció desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la ANI imputó al concesionario SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20 y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por presuntamente no efectuar la ejecución del Plan de Inversiones de los años 2021 y 2022 (años 2 y 3), en los términos pactados.

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

2.2. DE LAS PRUEBAS Y HECHOS QUE ORIGINARON LA ACTUACIÓN.

A continuación, se relacionan todas las pruebas recaudadas en la actuación y que serán tenidas en cuenta para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento, partiendo para el efecto del Informe de la supervisión que dio lugar al inicio del presente trámite sancionatorio, al poner en conocimiento de esta Gerencia, un presunto incumplimiento de obligaciones a cargo del Concesionario, por la no ejecución del plan de inversiones de los años 2 y 3, en los términos contractuales.

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

Teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión no cuenta con Interventoría, la base que da lugar al procedimiento que nos atañe es el informe rendido por el Supervisor del Contrato, contenido en el memorando 20223030108783 de 6 de septiembre de 2022, en el cual se advierte que el Concesionario se encuentra presuntamente incumplido en las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20 y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015. Con base en dicho Informe, se solicitó a esta Gerencia iniciar un sancionatorio contractual contra la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS, por presunto incumplimiento al Plan de Inversiones de los años 2 y 3.

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

- 1.** Comunicación con radicado ANI 20203030396551 del 23 de diciembre de 2020, mediante la cual el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia señaló al Concesionario que luego de la visita de seguimiento técnico a las instalaciones del Puerto el 1 de diciembre de 2020, se evidenció que no había ejecutado las inversiones previstas para el primer año conforme lo autorizado en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 2 de 2020, que modificó la cláusula Doceava - Plan de Inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por lo que solicitó informar las razones por las cuales no se iniciaron las actividades del plan de inversión contractual.
- 2.** Comunicación con radicado ANI 20204091319412 del 30 de diciembre de 2020, mediante la cual la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. solicitó la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 por el término de un año, planteando como causales de la mencionada suspensión circunstancias de fuerza mayor relacionadas con la pandemia por Covid-19 y con la aparición de la enfermedad de la pudrición del cogollo en las plantaciones de palma.



3. Comunicación con radicado ANI 20213030027841 del 3 de febrero de 2021, mediante la cual el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia informaron al Concesionario encontrarse analizando la solicitud de suspensión recibida, y enfatizaron en que, dado que la suspensión resultaría de un acuerdo entre las partes, mientras no se llegue a ese acuerdo resultan completamente exigibles todas las obligaciones a cargo del Concesionario en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.
4. Comunicación con radicado ANI 20213030072791 del 12 de marzo de 2021, a través de la cual el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia dieron respuesta a la solicitud de suspensión del Contrato presentada por el Concesionario, estableciendo que ni la situación generada por el COVID-19 ni la relacionada con la enfermedad de pudrición del cogollo en las plantaciones de palma, alegadas por el Contratista, ostentaban las condiciones requeridas para acceder a la suspensión del Contrato. Asimismo, le recordaron que debía continuar su ejecución en los términos acordados, particularmente lo previsto en el Otrosí No. 2 suscrito el 30 de septiembre de 2020.
5. Comunicación con radicado ANI 20213030086981 del 25 de marzo de 2021, mediante la cual el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia indicó al Concesionario que pese a que con el oficio ANI 20203030396551 del 23 de diciembre de 2020 se había requerido previamente información respecto de la ejecución del plan de inversiones, a esa fecha habían transcurrido más de seis (6) meses desde la firma del Otrosí No. 2 sin que se tuviera conocimiento por la ANI de dicha ejecución, por lo que solicitó al Concesionario explicar la situación.
6. Comunicación con radicado ANI 20214090397192 del 13 de abril de 2021, mediante la cual el Concesionario, en respuesta al oficio ANI 20213030086981 del 25 de marzo de 2021, informó a la Agencia que no le había resultado posible dar cumplimiento a la obligación descrita en la cláusula quinta del Otrosí No. 2, en atención a que la situación de COVID 19 de la época, junto con la enfermedad de Pudrición del Cogollo en las plantaciones de palma de aceite en la zona norte del país se constituyeron en situaciones de fuerza mayor ajenas a su voluntad, por lo cual insistió en la necesidad de suspender el Contrato.
7. Comunicación con radicado ANI 20213030171931 del 8 de junio de 2021 a través de la cual el Gerente de Proyectos Portuarios de la Agencia nuevamente solicitó al Concesionario presentar las actividades correspondientes a la ejecución del plan de inversiones, años 2020 y 2021, so pena de dar inicio a un procedimiento sancionatorio contractual.
8. Correo electrónico del 9 de julio de 2021 por medio del cual el Concesionario aportó a la Agencia documentación suscrita por el revisor fiscal del proyecto, en la cual se da cuenta que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero a 30 de junio de 2021 no se realizaron inversiones en el proyecto de Concesión.
9. Acta de visita de seguimiento del 21 de septiembre de 2021, la cual da cuenta de la visita de tipo técnico efectuada con el fin de realizar la verificación de los bienes ubicados en la Zona de Uso Público entregada en concesión y el cumplimiento de las obligaciones Contractuales del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, correspondiente a la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A, en la cual se indica que debido a que el Concesionario no había adelantado las inversiones previstas, la Entidad activaría los mecanismos conminatorios.
10. Comunicación con radicado ANI 20214091507662 de fecha 28 de diciembre de 2021, mediante la cual la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMERICAS S.A. solicitó la suspensión del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 por el término de un año.



- 11.** Comunicación con radicado 20223030000211 del 3 de enero de 2022, mediante la cual la Agencia emitió respuesta a la comunicación del Concesionario con radicado 20214091507662, señalando que se encontraba realizando análisis a la petición, pero que, en todo caso, las condiciones pactadas resultaban exigibles hasta tanto no se surtiera algún tipo de modificación o acuerdo al respecto.
- 12.** Comunicación con radicado ANI No. 20223030209701 de fecha 15 de julio de 2022, mediante la cual el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente de Proyectos Portuarios emitieron respuesta al oficio con radicado 20214091507662, señalando que no resultaba viable acceder a la solicitud de suspensión total del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por lo que el concesionario debía continuar su ejecución en los términos acordados, particularmente lo previsto en el Otrosí No. 2 suscrito el 30 de septiembre de 2020.
- 13.** Oficio con radicado ANI 20224090227002 del 28 de febrero de 2022 mediante el cual el revisor fiscal del Concesionario certifica que durante el periodo comprendido entre el 1 de julio a 31 de diciembre de 2021 no se realizaron inversiones en el proyecto de Concesión.
- 14.** Comunicación con radicado ANI 20223080060263 del 28 de abril de 2022 por medio de la cual la Gerente del GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual informó al Gerente de Proyectos Portuarios que según el reporte de inversión privada con corte al segundo semestre de 2021 remitido por el concesionario en el radicado No. 20224090227002 del 28 de febrero de 2022, se encuentra que el concesionario no ha iniciado la ejecución del plan de Inversiones establecido en el Otrosí No.2 de 2020 al contrato de concesión No.003 de 2015. Asimismo, se realizó la tasación del valor de la multa a imponer por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con la ejecución de las inversiones previstas para el año 2021.
- 15.** Correo electrónico del 11 de julio de 2022 por medio del cual el Concesionario aportó a la Agencia documentación suscrita por el revisor fiscal del proyecto, en la cual se da cuenta que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero a 30 de junio de 2022 no se realizaron inversiones en el proyecto de Concesión.
- 16.** Comunicación con radicado ANI 20223080099543 del 12 de agosto de 2022, mediante la cual la Gerente del GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual informó al Gerente de Proyectos Portuarios que según el reporte de inversión privada con corte al primer semestre de 2022 remitido por el concesionario en el radicado No. 20224090758452 del 12 de julio de 2022, se encuentra que el concesionario no ha iniciado la ejecución del plan de Inversiones establecido en el Otrosí No.2 de 2020 al contrato de concesión No.003 de 2015. Asimismo, se realizó la tasación del valor de la multa a imponer por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con la ejecución de las inversiones previstas para el año 2022.
- 17.** Comunicaciones con radicados ANI 20223080060263 del 28 de abril de 2022 y 20223080099543 del 12 de agosto de 2022 proferidos por la Gerente del GIT Financiero 1 - VGC, informando al Gerente de Proyectos Portuarios que el concesionario no había ejecutado las inversiones acordadas.
- 18.** Comunicaciones con radicado ANI 20163080101433, 20173100104153, 20173100011923, 20183080134323, 20183100025233, 20193080111443, 20193080023233, 20203080090043, 20203080017383, 20213080100033, 20213080020993 y 20223080028033, mediante las cuales la Gerente del GIT Financiero reportó a la Vicepresidencia Administrativa y Financiera desde el primer semestre de 2016 al segundo semestre de 2021 que la SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A no realizó ninguna inversión.



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

2.3. De las pruebas recaudadas en la actuación sancionatoria.

En virtud de la solicitud del apoderado del Contratista que se trasladaran todas las pruebas obrantes en el expediente 20217070320700053E, así como las demás que hubieren sido solicitadas en el curso de dicho procedimiento, el Despacho, mediante Auto No. 20237070000576 del 21 de marzo de 2023, ordenó incorporar las siguientes pruebas a la actuación administrativa.

2.3.1. Pruebas incorporadas a solicitud del Concesionario.

- Archivo PDF denominado *"4. Gráfico (sic) incremento de precios acero Colombia (La Republica Julio 6-2021).pdf"*
- Archivo PDF denominado *"5. SITUACIÓN FITOSANITARIA ENFERMEDAD PC IMPACTO EN PRODUCCION DE AC DE PALMA.pdf"*, el cual contiene una presentación sobre el estado del PC en la zona norte y el Magdalena, con fecha noviembre de 2021.
- Archivo PDF denominado *"6.TRM IMPACTO.pdf"*.
- Archivo PDF denominado *"7. volúmenes (sic) movilizados por Tks de SPSM. 2017-2021.pdf"*., que corresponde a un oficio fechado el 5 de noviembre de 2021 y dirigido al Gerente de la Sociedad Portuaria Las Américas, que tiene como referencia *"Volúmenes movilizados a través de la planta de tanques de graneles líquidos de SPSM."*
- Archivo PDF denominado *"8. Auto de admisión negociación (sic) de emergencia CI Biocosta.pdf"*, el cual contiene un Auto de admisión de un trámite de negociación de emergencia de un Acuerdo de Reorganización de la sociedad C.I. BIOCOSTA S.A., expedido por la Superintendencia de Sociedades el 7 de octubre de 2021 (Número de proceso 2021-INS-232).
- Archivo PDF denominado *"TO033-2022 SOC PORT las américas"*
- Archivo PDF denominado *"TO034-2022 SOC PORT las américas"*
- Archivo PDF denominado *"TO035-2022 SOC PORT las américas"*
- Archivo PDF denominado *"2016 ConciseReport (Items traducidos).pdf"*
- Archivo PDF denominado *"SITUACIÓN PC ZONA NORTE NOV 20 2021.pdf"*
- Archivo PDF denominado *"INFORME GIRA ZONA NORTE MESA PC JD 20211108.pdf"*
- Prueba documental contenida en el archivo tipo .zip denominado *"Traducción Oficial documento COST OF MATERIALS 2016-2022"*, el cual contiene tres (3) archivos tipo PDF llamados: *"TO083-2022 TERLICA.pdf"*, *"TO084-2022 TERLICA.pdf"* y *"TO085-2022 TERLICA.pdf"*.
- Prueba documental contenida en el archivo PDF denominado *"Traducción Oficial documento "GENIMIC VARIABILITY OF P. PALMIVORA"*
- Dictamen pericial contenido en los archivos PDF denominados *"DAABON 2022 informe revisado y firmado"*, *"RESPUESTA ANI.pdf"*, *"CÁMARA Y COMERCIO DE CENIPALMA 07-05-22.pdf"*, y *"Resolución 1538-2019 reconocimiento de Colciencias.pdf"*.

De igual forma, se ordenó la incorporación de los testimonios decretados con el Auto No. 20227070000426 del 24 de febrero de 2022, en el trámite del expediente 20217070320700053E, practicados en la sesión de audiencia del 10 de marzo de 2022, así: (i) JORGE GUILLERMO ABISAMBRA VALENCIA, experto en infraestructura portuaria, integrante de la empresa especializada que diseñó la terminal portuaria Las Américas, (ii) JUAN CARLOS LARA GONZÁLEZ experto en el cultivo, producción y transformación de palma africana, y (iii) WILLIAM ENRIQUE GRANADOS COLINA, en calidad de Director Financiero del proyecto.

2.3.2. Pruebas aportadas por el Garante



En la audiencia de descargos, la Aseguradora coadyuvó las solicitudes probatorias del Concesionario y si bien solicitó la práctica de algunas testimoniales, tal solicitud fue despachada desfavorablemente mediante Auto 20237070000576 del 21 de marzo de 2023, por no reunir los requisitos de pertinencia y utilidad.

2.3.3. Pruebas de Oficio

De conformidad con lo ordenado en Auto 20237070000576 del 21 de marzo de 2023, se ordenó el decreto de una prueba de oficio consistente en solicitar a la Supervisión del contrato de concesión, para que dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al recibo del memorando por el cual se solicita su práctica, emita un informe actualizado en el cual se determine el estado actual de cumplimiento obligacional que dio origen al presente proceso.

Mediante Auto 20237070000846 del 13 de abril de 2023, se incorporó y corrió traslado el memorando ANI No. 20233030051883 del 10 de abril de 2023 y sus anexos, a través del cual la Vicepresidenta de Gestión Contractual, el Gerente de Proyectos Portuarios y la Gerente del GIT Financiero I, sostuvieron que según el reporte de inversión privada con corte al segundo semestre de 2022 remitido por el concesionario con el radicado No. 20234090043512 del 16 de enero de 2023, se evidencia que el concesionario no ha iniciado la ejecución del plan de Inversiones establecido en el Otrosí No.2 de 2020 al contrato de concesión No.003 de 2015.

Asimismo, en dicho documento se estableció lo siguiente:

“

AÑO/SEMESTRE	NÚMEROS DE RADICADOS CONCESIONARIO	NÚMERO DE MEMORANDOS DIRIGIDOS A LA VICEPRESIDENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	VALOR REPORTADO O ACUMULADO
I Semestre de 2016	20164090655472 del 1/08/2016	20163080101433 del 19/08/2016	COP\$0
II Semestre de 2016	20174090044662 del 17/01/17	20173100011923 del 20/01/2017	COP\$0
I Semestre de 2017	Correo electrónico 26/07/17	20173100104153 del 26/07/2017	COP\$0
II Semestre de 2017	20184090023582 del 11/01/18	20183100025233 del 07/02/2018	COP\$0
I Semestre de 2018	Correo Electrónico de 31-08/18	20183080134323 del 5/09/2018	COP\$0
II Semestre de 2018	Correo electrónico	20193080023233 del 05/02/2019	COP\$0
I Semestre de 2019	Correo electrónico	20193080111443 del 26/07/2019	COP\$0
II Semestre de 2019	20204090049362 del 20/01/2020	20203080017383 del 23/01/2020	COP\$0
I Semestre de 2020	20204090640282 del 16/07/2020	20203080090043 del 18/07/2020	COP\$0
II Semestre de 2020	20214090034942 del 14/01/2021	20213080020993 del 26/01/2021	COP\$0
I Semestre de 2021	20214090763392 del 9/07/2021	20213080100033 del 16/07/2021	COP\$0
II Semestre de 2021	20224090227002 del 28/02/2022	20223080028033 del 3-02-2022	COP\$0
I Semestre de 2022	20224090227002 del 28/02/2022	20223080088703 del 19/07/2022	COP\$0
II Semestre de 2022	20234090043512 del 16/01/2023	20233080017753 del 03/02/2023	COP\$0

(...)

CONCEPTO DE LA INVERSIÓN	VALORES EN PESOS COLOMBIANOS (COP)		
	Inversión acumulada al anterior reporte (1)	Inversión en el Periodo Reportado (2)	Inversión acumulada (3) = (1) + (2)
1. INFRAESTRUCTURA EN SERVICIO (1.1+1.2)	\$0,00	\$0,00	\$0,00
1.1. Construcciones	\$0,00	\$0,00	\$0,00
1.2. Inmuebles por destinación	\$0,00	\$0,00	\$0,00
2. INFRAESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN	\$0,00	\$0,00	\$0,00
3. PROPIEDAD, PLANTA	\$0,00	\$0,00	\$0,00

Y EQUIPOS			
4. DRAGADOS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
5. SISTEMAS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
TOTAL, INVERSION (1+2+3+4+5)	\$0,00	\$0,00	\$0,00

En ese orden de ideas, se evidencia que la sociedad Portuaria Puerto de las Américas, a 31 de diciembre de 2022, no ha realizado acción alguna para el desarrollo del plan de inversión aprobado en el Otrosí No. 2 de 2020 (...)

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES.

3.1. Descargos del Concesionario

El Apoderado del Concesionario presentó sus descargos, señalando que los fundamentos de hecho de la presente actuación administrativa sancionatoria guardan identidad fáctica con el asunto ventilado en el expediente 20217070320700053E, toda vez que en el mismo se trató lo relacionado con el plan de inversiones del año 2020, siendo para el efecto, un único plan de inversiones que se extendía desde el año 2020 al 2022 en coherencia con lo señalado con el Otrosí No. 002 de 2020, razón por la cual en virtud del principio de economía procesal, se remitió a las circunstancias que a su juicio son constitutivas de fenómenos extraordinarios, imprevisibles e irresistibles que impiden el cumplimiento de la obligación, las cuales fueron expuestas a detalle en el expediente 20217070320700053E. En ese orden, los argumentos de defensa se concretan en los siguientes:

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

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

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

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

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





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

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

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

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

3.1.3 Desbordado incremento del precio del dólar

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

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

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

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

Argumentó que el mercado de los portacontenedores ha estado sometido en el último año a una enorme presión a nivel mundial y a una demanda reprimida por efecto del Covid-19, lo que ha llevado a una difícil y preocupante situación en las entregas, presentándose una congestión portuaria a nivel generalizado debido, entre otros, a la falta de contenedores en los puertos asiáticos, grandes generadores de carga en los mercados internacionales, al represamiento de buques en los puertos y dichas interrupciones se han extendido a las cadenas de suministro en tierra, sumando a esto



las largas e interminables filas para esperar una posición de atraque en los muelles, condición que puede durar días inclusive.

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

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

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

3.1.5 Hechos paralelos ilustrativos

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

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

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

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

La Apoderada del Garante presentó sus descargos, inicialmente señalando que coadyuva lo expuesto por el Apoderado del Concesionario y que de acuerdo con su versión oral se concretan en los siguientes argumentos:

3.2.1 Inimputabilidad de la responsabilidad al Concesionario.

Sostiene que el presunto incumplimiento no resulta imputable al Concesionario, pues median causas extrañas que le han imposibilitado el cumplimiento de la obligación



reprochada, como quiera que en la época en la cual se debieron ejecutar las obligaciones se presentó el COVID-19 y sus efectos, el cual es un hecho notorio y por supuesto exonerador de responsabilidad. Añade que el Concesionario de manera juiciosa puso de presente las condiciones de imposibilidad de ejecutar el contrato tanto a la Supervisión como a la Entidad, con lo cual, mal haría la Entidad en sancionar.

3.2.2 Inexistencia del siniestro

La Apodera sostiene que se configura una ausencia de siniestro, pues el siniestro amparado por la compañía de seguros no se ha materializado, toda vez que los supuestos del presunto incumplimiento no resultan imputables al Concesionario.

3.2.3 Compensación

La Apoderada solicita que, en caso de existir saldos a favor del Concesionario, debe darse aplicación a la figura de la compensación, la cual debe operar por ministerio de la Ley.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

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

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

De allí que, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgue *“a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública”*, la facultad para imponer las multas pactadas en el contrato, declarar su incumplimiento e incluso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el pacto contractual.

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

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

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



establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así como la facultad de resolver los recursos que contra ellas se impongan conforme la Ley 1437 de 2011.”

Es por lo anterior que, respecto del Contrato de Concesión Portuario No. 003 de 2015, la **ANI**, a través de la Gerencia de Procedimientos Administrativos Sancionatorios, tiene la competencia para, agotado el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, declarar incumplimientos contractuales, imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal, declarar un siniestro, y tasar perjuicios, según sea el caso.

4.2. De la solicitud de incorporación probatoria y la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio.

Durante el traslado de la prueba incorporada (memorando ANI No. 20233030051883 del 10 de abril de 2023 y sus anexos) otorgado mediante el Auto 20237070000846 del día 13 de abril de 2023, el Apoderado del Concesionario en correo electrónico del 18 de abril 2023, solicitó la suspensión del presente procedimiento hasta tanto no se definan por la Agencia las propuestas presentadas por el Concesionario a efectos de suscribir un acuerdo transaccional en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 que permita: (i) el cumplimiento de la obligación impuesta mediante las Resoluciones 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022 y 20237070001545 del 8 de febrero de 2023, relativo a la no ejecución del plan de inversiones por el año 2020; (ii) Finalizar el proceso administrativo sancionatorio relativo a la no ejecución del plan de inversiones por los años 2021 y 2022; y (iii) protección del patrimonio público involucrado en el acuerdo transaccional.

En virtud de lo anterior, solicitó se incorporen a la actuación las siguientes pruebas documentales: (i) Oficio SPLA 015-23 del 3 de marzo de 2023 y, (ii) Oficio TER-027-23 del 31 de marzo de 2023.

De conformidad con lo argüido por el Apoderado, el Despacho abordará las cuestiones en el siguiente orden: (i) De las pruebas aportadas, (ii) De la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio.

i. De las pruebas aportadas

Frente a la práctica de pruebas en el marco del presente proceso administrativo sancionatorio, hay que resaltar lo preceptuado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que señala como oportunidades para la solicitud y práctica de pruebas las siguientes: (i) De conformidad con el literal b), **los citados podrán junto con la presentación de descargos** aportar, solicitar y controvertir pruebas, (ii) De conformidad con el literal d), **el Jefe de la audiencia podrá en cualquier momento de oficio o a petición de parte** decretar pruebas que estime conducentes y pertinentes, **cuando ello resulte necesario a su criterio.**

Así las cosas, es claro para este Despacho que la solicitud probatoria fue presentada por fuera de la oportunidad procesal dispuesta, con lo cual, la misma a priori no estaría llamada a ser objeto de estudio. Sin embargo, dada la naturaleza jurídica del procedimiento administrativo y los nuevos motivos expuestos por el apoderado, este Despacho procederá a determinar según criterio propio si las solicitudes resultan conducentes, pertinentes y útiles a la actuación.

A efectos de determinar qué pruebas se deben decretar y practicar en una actuación administrativa, la jurisprudencia constitucional ha establecido que las garantías mínimas propias del derecho fundamental al debido proceso son aplicables al procedimiento administrativo, y deben ser aseguradas durante su desarrollo a fin de garantizar el equilibrio entre los sujetos que resultan involucrados en una decisión administrativa.

Sin embargo, en procura de los principios de la función administrativa y conforme a lo expresado en la sentencia C-034 de 2014, es manifiesta la imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso



administrativo, ya que este último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de raigambre constitucional, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otro, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública, por lo que no es razonable ni proporcional hacer un debate probatorio ilimitado, usando todos y cada uno de los medios probatorios existentes en el estatuto procesal vigente, y en consecuencia, es constitucionalmente válido que el debido proceso en la actuación administrativa sancionatoria contractual ocurra bajo estándares flexibles, para asegurar la eficacia, la eficiencia, celeridad y economía por parte de la Administración.

Así las cosas, los principios de la función pública sugieren una ponderación entre los artículos 29 y 209 constitucionales, por ende el decreto de pruebas en este proceso administrativo sancionatorio estará limitado únicamente a aquellas pruebas que cumplan con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad, lo que obliga a la administración a establecer un análisis de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los medios probatorios, atendiendo a que el objeto de la presente actuación administrativa sancionatoria contractual es el presunto incumplimiento de los hechos relacionados en el oficio de citación ANI No. 20227070372511 del 18 de noviembre de 2022.

Tratándose de la conducencia de la prueba, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha dejado sentado lo siguiente:

*"En relación con la conducencia de lo prueba, la misma apunta a determinar si el medio probatorio solicitado resulta apto jurídicamente para acreditar determinado hecho (la manera como el derecho exige la prueba de ciertos hechos)."*¹

Dentro de esta misma perspectiva, el Tratadista Jairo Parra Quijano en su obra "MANUAL DE DERECHO PROBATORIO" enseña lo siguiente:

*"Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho. Supone que no exista norma legal que prohíba el empleo del medio para demostrar un hecho determinado. (...)"*²

En lo que tiene que ver con la pertinencia de la prueba, la Sección Tercera del Consejo de Estado en fallo de 9 de julio de 2014, señaló:

*"(...) en que el hecho a demostrar tenga relación con los demás hechos que interesan al proceso."*³

En términos semejantes, el Maestro Jairo Parra Quijano⁴ expresa:

"Es la adecuación entre los hechos que se pretenden llevar al proceso y los hechos que son tema de la prueba en éste. En otras palabras, es la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso."

"La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia"

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Bogotá D.C., 28 de mayo de 2013. Exp No. 38.455

² PARRA QUIJANO, Jairo, "MANUAL DE DERECHO PROBATORIO". Librería Ediciones del Profesional LTDA. 17ª Edición, Bogotá, 2009. Página 145.

³ Consejo de Estado, 9 de julio de 2014, ob. Cit.

⁴ PARRA QUIJANO. Ob. cit. Página 145



Respecto de la utilidad de la prueba, debemos mencionar que va referida a “*crear certeza acerca de los hechos que dieron lugar al presunto incumplimiento y que generen convencimiento al juez*”⁵ y “*(...) que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no debe estar ya demostrado con otro medio probatorio (...)*”⁶

Sobre el particular, la doctrina también ha planteado:

*"Los autores modernos de derecho probatorio resaltan el móvil que debe estimular la actividad probatoria que no es otro que el de llevar probanzas que preste algún servicio en el proceso para la convicción del juez: de tal manera, que, si una prueba que se pretenda aducir no tiene este propósito, debe ser rechazada de plano por aquél."*⁷

Sentado lo anterior resulta claro que el acervo probatorio se predicará útil si las piezas probatorias aportadas, permiten dar certeza en relación con los hechos y presuntos incumplimientos obligacionales, o sobre el rompimiento del nexo causal entre el incumplimiento de la obligación y la conducta del Contratista.

Las valoraciones previas deben basarse lógicamente en la licitud de la prueba, es decir, que la prueba que se aporta y se solicita en el marco de un proceso administrativo o judicial no debe ser “*(...) aquella que se obtiene violando los derechos fundamentales de las personas, bien haya sido para lograr la fuente de prueba o bien para lograr el medio probatorio, y su proscripción es consecuencia de la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables.*”⁸

Apuntalado lo anterior, el Despacho observa que el apoderado en su escrito aportó y solicitó la incorporación de los siguientes documentales:

- (i) El oficio SPLA 015-23 del 3 de marzo de 2023 mediante el cual el Concesionario informó dar alcance a la solicitud radicada del 17 de febrero de 2023 bajo el radicado ANI 20234090189482 y respuesta a lo señalado por la ANI según el oficio radicado 20233030065671, en el sentido de precisar las condiciones para el cumplimiento de la sanción impuesta mediante resoluciones 20227070015105 del 22 de septiembre confirmada mediante la resolución 20237070001545 del 8 de febrero de 2023, así como una propuesta de mayor inversión y de modificaciones al alcance del Contrato de Concesión.
- (ii) El oficio TER-027-23 del 31 de marzo de 2023, mediante el cual el Concesionario informó precisar el alcance de las condiciones para la formalización de un eventual acuerdo de pago de la sanción impuesta por la Agencia mediante la resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022 confirmada mediante la resolución 20237070001545 del 8 de febrero de 2023.

Ahora bien, una vez analizados los documentos, es claro para el Despacho que con los mismos se pretende acreditar la existencia de una propuesta para el cumplimiento de la sanción impuesta por este Despacho mediante la resolución 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022 confirmada mediante la resolución 20237070001545 del 8 de febrero de 2023 dentro del expediente 20217070320700053E, así como una propuesta de mayor inversión y de modificaciones al alcance del Contrato de Concesión No. 003 de 2015.

No obstante, es claro que dichas situaciones aun cuando guardan relación con el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 resultan extraprocesales a la

⁵ LOPEZ BLANCO, Hernán Fabio, “Código General del proceso - Pruebas”, Ed. Dupré, Ed. 1, Bogotá, 2017, Pág. 112.

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejera Ponente: Olga Mélida Valle De La Hoz. Bogotá D.C, 9 de julio de 2014. Exp No. 29.941.

⁷ PARRA QUIJANO. Ob. cit. Página 148.

⁸ Ibidem. Página 20.



presente actuación, pues no solo son meros escenarios propositivos, sino que además no modifican la obligación presuntamente incumplida, resultando de suyo que las solicitudes probatorias se tornen en impertinentes e inútiles frente al presente procedimiento administrativo sancionatorio.

De contera, es claro que el único camino para este Despacho es el de rechazar las solicitudes probatorias elevadas por el apoderado del Concesionario.

ii. De la suspensión del procedimiento administrativo sancionatorio.

El Apoderado solicitó la suspensión del presente procedimiento hasta tanto no se definan por la Agencia las propuestas presentadas por el Concesionario a efectos de suscribir un acuerdo transaccional en el marco de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 que permita: (i) el cumplimiento de la obligación impuesta mediante las Resoluciones 20227070015105 del 22 de septiembre de 2022 y 20237070001545 del 8 de febrero de 2023, relativo a la no ejecución del plan de inversiones por el año 2020; (ii) Finalizar el proceso administrativo sancionatorio relativo a la no ejecución del plan de inversiones por los años 2021 y 2022; y (iii) protección del patrimonio público involucrado en el acuerdo transaccional.

Al respecto, el Despacho indica que la naturaleza del presente procedimiento es conminatoria, así, si la obligación que se indica como incumplida no se ve satisfecha, lo procedente hasta tanto no se cumpla, no es suspender el procedimiento sino la continuación de este, máxime cuando este trámite se considera como una garantía estatal a la que se acude luego de un ejercicio en el que los requerimientos de la supervisión y/o la interventoría han resultado infructuosos.

De allí que este procedimiento se vea nutrido de los principios de celeridad y eficacia, que no permiten espacios para que, dentro del trámite mismo, y como consecuencia de este, puedan negociarse nuevos plazos contractuales y dar espera, o establecer nuevas condiciones, máxime cuando es el ordenador del gasto el único que puede, dentro de su competencia, disponer de estos intereses, que procuran necesidades de interés general.

Por lo anterior es que, solo ante el efectivo cumplimiento de la obligación indicada como presuntamente incumplida dentro del procedimiento, es procedente aplicar el literal d) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011; al respecto se recuerda el contenido normativo:

"En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento." (subrayado fuera de texto)

Así, indica la norma que la suspensión del procedimiento procederá siempre que se estime necesario allegar o practicar pruebas o cuando por razones debidamente sustentadas ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación, situación que no se evidencia en la solicitud presentada, dado que únicamente se alude a una tentativa por parte del Concesionario a modificar el contrato, proposición que no se encuentra probado que haya sido tan siquiera aceptada por la Entidad, por lo que no es suficiente para solicitar la suspensión del procedimiento, dado que la solicitud de modificaciones contractuales no exime al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

En línea con lo anterior, cabe destacar la siguiente jurisprudencia en torno a las solemnidades que rigen los contratos estatales y sus modificaciones:



“El contrato celebrado por la Administración con los particulares, salvo disposición legal en contrario, es de carácter solemne y, por lo tanto, se requiere que se eleve a escrito el acuerdo de voluntades. Su ausencia implica la inexistencia del negocio jurídico y del nacimiento de los efectos pretendidos por las partes ante lo cual, no resulta viable para el contratista exigir o reclamar reconocimiento económico alguno de carácter contractual, que no esté amparado en la existencia del contrato escrito, como requisito “ad substantiam actus”.

De conformidad con los artículos 30 y 40 de la Ley 80 de 1993, **el simple consentimiento de las partes no es suficiente para perfeccionar la modificación de un contrato estatal, pues siendo el contrato principal de carácter solemne, lo serán los contratos modificatorios o adicionales.**

La modificación de los contratos, bien sea para adicionar obras, bienes o servicios, prorrogar el plazo o alterar la forma de su ejecución, debe constar por escrito y haber sido suscrita por las partes, para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez”⁹. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En línea con lo anterior, la Sección Tercera de la misma corporación sostuvo previamente:

“De conformidad con las normas transcritas (artículos 39 y 41 Ley 80), respecto de los contratos estatales no es posible afirmar que con el simple consentimiento de las partes puedan ser perfeccionados, de lo cual se colige, de manera directa, que la modificación de los mismos, consistente en adición de obras, valor y período para la ejecución, también debe constar por escrito para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez. Esto último, en cuanto que la modificación respecto de un acuerdo que consta por escrito debe surtir el mismo proceso que se dio para su constitución, dado que el acuerdo modificatorio está tomando el lugar del acuerdo originario y la solemnidad que se predica legalmente del segundo ha de ser exigida para el reconocimiento de eficacia, existencia y validez del primero. El artículo 1602 del Código Civil, claramente consagra esta regla bajo la definición de que: “[T]odo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” En este caso, el consentimiento mutuo para adicionar esa ley particular que es el contrato debe corresponder a las condiciones legales que se exigían para la creación del vínculo jurídico originario”.¹⁰ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo expuesto, con meridiana claridad es dable afirmar que los contratos estatales y sus modificaciones deben constar por escrito y con arreglo a las solemnidades de cada caso para que puedan alcanzar eficacia, existencia y validez, pues el simple consentimiento de las partes no basta para entenderlas perfeccionadas. Así, es claro para este Despacho que en el escenario ilustrado por el apoderado únicamente existe una propuesta de su parte para la modificación del contrato que ni siquiera ha sido aceptada por la Entidad, con lo cual es claro que el Contrato no ha sido objeto de modificaciones, implicando de remate que el Concesionario no se encuentra exento del cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Por las razones indicadas no se accede a la suspensión del procedimiento solicitada por el apoderado del Concesionario.

4.3. Situación Fáctica

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

⁹ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 11001-03-06-000-2018-00117-00(2385) del 23 de abril de 2019, CP. ÓSCAR DARÍO AMAYA NAVAS

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 18 de febrero del 2010. Exp. 15596.



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

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

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

Cabe destacar que el Concesionario mediante comunicación con radicado 20204091319412 del 30 de diciembre de 2020 solicitó la suspensión del contrato, la cual fue despachada desfavorablemente por la Agencia mediante oficio ANI 20213030072791 de fecha 12 de marzo de 2021 y requiriéndole continuar la ejecución contractual en los términos acordados, particularmente lo previsto en el Otrosí No. 2 suscrito el 30 de septiembre de 2020.

Ahora bien, en virtud de las nuevas condiciones contractuales establecidas mediante el Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, se acordó que el Plan de Inversiones se ejecutaría entre los años 2020 a 2022, no obstante, según visita de seguimiento técnico a las instalaciones del puerto el 21 de septiembre de 2021, se evidenció que el Concesionario no había ejecutado las inversiones previstas para ese momento, conforme lo acordado.

Así mismo, mediante comunicaciones con radicado ANI 20213030072791 de fecha 12 de marzo de 2021, 20213030086981 del 25 de marzo de 2021, 20213030171931 del 8 de junio de 2021, 20223030000211 del 3 de enero de 2022 y 20223030209701 de fecha 15 de julio de 2022 la Agencia requirió al Concesionario a dar cumplimiento a la obligación.

De igual forma, es de resaltar que conforme con lo reportado por el Concesionario en los informes de inversiones semestral para el segundo semestre del 2020, mediante comunicación con Radicado No. 20214090034942 de fecha 14 de enero de 2021, los correspondientes para el año 2021 mediante Radicados Nos. 20214090763392 de fecha 9 de julio de 2021, No. 20224090227002 de fecha 28 de febrero de 2022, y los correspondientes para el año 2022 primer semestre mediante Radicado No. 20224090758452 de fecha 12 de julio de 2022, se tiene que el concesionario no ha ejecutado las inversiones acordadas, de lo cual respectivamente dan cuenta los memorandos Nos. 20223080060263 del 28 de abril de 2022 y 20223080099543 del 12 de agosto de 2022 proferidos por la Gerente del GIT Financiero 1 - VGC, así:

“ (...)

Teniendo en cuenta que según el Otrosí No. 2 de 2020, el cronograma del plan de inversión **año 2** establecido para el año 2021 (1/01/2021 al 31/12/2021) se venció el 31

RESOLUCIÓN No. **20237070007285** Fecha: **14-06-2023**

de diciembre de 2021, se realiza la validación de las inversiones pendientes por ejecutar, identificando que no se ha ejecutado ningún valor a la fecha, según la información de los reportes de inversión privada semestral realizada por el concesionario, por lo tanto el valor pendiente por ejecutar correspondería a USD 9.293.638 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 4.705.523 como se muestra:

PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL 31 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2021										TOTAL CONSTAN TES DE DIC DE 2015	VPN NO PER							
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	0	1	2	3	4	5	6	7	31/12/2 015			31/12/2 016	31/12/2 017	31/12/2 018	31/12/2 019	31/12/2 020	31/12/2 021	31/12/2 022
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022										
	22/09/2 015	15/04/2 016	1/01/20 17	1/01/20 18	1/01/20 19	1/01/20 20	1/01/20 21	1/01/20 22										
Obras Civiles	0	0	0	0	0	8.639.79 3	0	8.639.79 3	4.374.470 ,72	8.639.793								
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	3.149.79 3	0	3.149.79 3	1.594.792 ,52	3.149.793								
Trestle	0	0	0	0	0	2.423.00 0	0	2.423.00 0	1.226.805 ,15	2.423.000								
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	1.986.00 0	0	1.986.00 0	1.005.544 ,79	1.986.000								
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	672.000	0	672.000	340.244,7 6	672.000								
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	409.000	0	409.000	207.083,4 9	409.000								
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	0	-	0								
Desmovilización	0	0	0	0	0	0	0	0	-	0								
Equipos	0	0	0	0	0	653.845	0	653.845	331.052,5 8	653.845								
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	301.240	0	301.240	152.522,8 2	301.240								
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	352.605	0	352.605	178.529,7 7	352.605								
TOTAL USD CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015	0	0	0	0	0	9.293.6 38	0	9.293.6 38	4.705.52 3	9.293.638								
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL DEL AÑO 2 DE INVERSIONES								4.705.5 23										

(...)"

"(...)

Teniendo en cuenta que según el Otrosí No. 2 de 2020, el cronograma del plan de inversión año 3 establecido para el año 2022 (01/01/2022 al 30/04/2022) se venció el 30 de abril de 2022, se realiza la validación de las inversiones pendientes por ejecutar, identificando que no se ha ejecutado ningún valor a la fecha, según la información de los reportes de inversión privada semestral realizada por el concesionario; por lo tanto el valor pendiente por ejecutar correspondería a USD 846.695 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 382.764 como se muestra a continuación:

Tabla 3. Inversiones Pendientes por Ejecutar

PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL 31 DE MAYO DEL AÑO 2022										TOTAL CONSTAN TE S DE DIC DE 2015	VPN NO PER							
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	0	1	2	3	4	5	6	7	31/12/2 015			31/12/2 016	31/12/2 017	31/12/2 018	31/12/2 019	31/12/2 020	31/12/2 021	31/12/2 022
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022										
	22/09/2 015	15/04/2 016	1/01/20 17	1/01/20 18	1/01/20 19	1/01/20 20	1/01/20 21	1/01/20 22										
Obras Civiles	0	0	0	0	0	0	0	296.300	296.300	133.947 ,87								
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0								
Trestle	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0								
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0								
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0								
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0								
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	167.300	167.300	75.631,0 4								
Desmovilización	0	0	0	0	0	0	0	129.000	129.000	58.316,8 2								
Equipos	0	0	0	0	0	0	0	550.395	550.395	248.816 ,19								
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0								
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	550.395	550.395	248.816, 19								
TOTAL USD CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015	0	0	0	0	0	0	0	846.695	846.695	382.764								
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER)TOTAL DEL AÑO 2 DE INVERSIONES								382.764										

Fuente: Construcción GIT Financiero 1Hola"





4.4. Del problema jurídico a resolver.

Definido el escenario fáctico del asunto, y establecida la competencia de esta Gerencia para resolver la actuación, el Despacho pasa a analizar si el concesionario **Sociedad Portuaria Las Américas S.A.** cumplió o no con las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la cláusula 20, y en la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, relacionadas con la ejecución del plan de inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015 previsto para los años 2021 y 2022, para determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento, y en ese caso, a analizar si como consecuencia de ello, procede o no la imposición de la multa contemplada en el Contrato.

A fin de abordar el problema jurídico planteado, se examinará el contrato celebrado, su naturaleza, la responsabilidad que le asiste a las partes con ocasión de este, para luego analizar las circunstancias que conllevaron al presunto incumplimiento informado por la Supervisión, y así concluir si hubo o no incumplimiento, y en caso afirmativo, si es imputable o no al Concesionario.

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

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

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

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

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

12.1. PLAN DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA (dólares constantes de diciembre de 2015)

PLAN DE INVERSIÓN	TOTAL	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022
	USD	USD	USD	USD
Obras Civiles	12.018.731	3.082.638	8.639.793	296.300
	USD	USD	USD	USD
Equipos	1.308.000	103.760	653.845	550.395
	USD	USD	USD	USD
TOTAL	13.326.731	3.186.398	9.293.638	846.695
TASA		12%		

VPN (cálculo por fechas
VPN.NO.PER)USD
6.895.213

El detalle de las inversiones se plasma así:

TOTALES	AÑO 2020	AÑO 2021	AÑO 2022
	USD	USD	USD
	3.186.398	9.293.638	846.695
Obras Civiles	USD 3.082.638	USD 8.639.793	USD 296.300
Preliminares & Compras	USD 3.082.638	USD 3.149.793	USD -
Trestle	USD -	USD 2.423.000	USD -
Muelle de Atraque	USD -	USD 1.986.000	USD -
Dolphin de Atraque - 4 unidades	USD -	USD 672.000	USD -
Dolphin de Amarre - 2 unidades	USD -	USD 409.000	USD -
Instalaciones Misceláneas	USD -	USD -	USD 167.300
Desmovilización	USD -	USD -	USD 129.000
Equipos	USD 103.760	USD 653.845	USD 550.395
Preliminares & Compras	USD 103.760	USD 301.240	USD -
Trestle	USD -	USD -	USD -
Muelle de Atraque	USD -	USD -	USD -
Dolphin de Atraque - 4 unidades	USD -	USD -	USD -
Dolphin de Amarre - 2 unidades	USD -	USD -	USD -
Instalaciones Misceláneas	USD -	USD 352.605	USD 550.395
Desmovilización	USD -	USD -	USD -

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

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





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

PARÁGRAFO CUARTO. - Conforme al seguimiento de la ejecución del Plan de Inversiones contractual, la Agencia verificará que se cumpla con la totalidad de las actividades del plan de inversiones y efectuará seguimiento al cumplimiento del VPN contractual. Si una vez ejecutadas todas las actividades faltaren montos por invertir al no encontrarse garantizado el VPN, deberá convenirse con el Concesionario la manera de recoger tal efecto en el contrato, ejecutando actividades necesarias para el Terminal, reducción del plazo o aumento de contraprestación.

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

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

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

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

4.6. De la naturaleza del Contrato

La naturaleza del contrato de concesión portuaria tiene su regulación especial en la Ley 1 de 1991, que la define en su artículo 5, de la siguiente manera:

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

Debe advertirse que el contrato de concesión portuaria, si bien está regido por un régimen legal particular, en lo no dispuesto en dicho régimen, se rige por lo establecido en el Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública.

4.7. De las cláusulas presuntamente incumplidas.

Las obligaciones que se reputan como presuntamente incumplidas por parte del Concesionario, a partir de los hechos que fueron advertidos por la Supervisión, están establecidas en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 20015:

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

*"(...) Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:
(...)*

40. Realizar las inversiones de acuerdo con los montos y fechas establecidas en el Plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato..."

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

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

12.1. PLAN DE INVERSIONES Y CRONOGRAMA (dólares constantes de diciembre de 2015)

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

El detalle de las inversiones se plasma así:

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





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

(...)"

V. DE LA DECISIÓN Y SU CORRESPONDIENTE FUNDAMENTACIÓN.

5.1 Del incumplimiento y su persistencia

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

Ahora bien, los Grupos Internos de Trabajo Portuario y Financiero 1 y la Vicepresidencia de Gestión Contractual mediante memorando con radicado No. 20223030108783 del 06 de septiembre de 2022 solicitaron formalmente el inicio de un procedimiento sancionatorio toda vez que, el Concesionario estaba presuntamente incumpliendo el Contrato por la no ejecución del plan de inversiones de los años 2021 y 2022.

En el mencionado memorando se refirió que, para las inversiones del año 2022, la Gerencia GIT Financiero 1 mediante memorando No. 20223080060263 de 28 de abril de 2022 indicó lo siguiente:

"(...)

Imputación financiera de las Actividades establecidas en el cronograma del plan de Inversión año 2 para el año 2021:

- Es importante precisar que actualmente cursa un proceso sancionatorio por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con la ejecución del Plan de Inversión año 1, cuya solicitud formal de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionatorio se realizó con radicado No. 20213030128403 del 22/09/2021.
- El monto contractual que debía ejecutar del plan de inversión año 2 del 1 de enero al 31 de diciembre de 2021 correspondería a USD 9.293.638 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 4.705.523.
- La imputación financiera de las inversiones a la fecha es cero, como se muestra en el siguiente cuadro:



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

Fuente: Construcción GIT Financiero 1

La cláusula 20 Obligaciones del Concesionario, del contrato referido, dispone:

“... 25. Invertir a su propio nombre y a su cargo en infraestructura portuaria y equipos que aumenten las operaciones y la eficiencia del Terminal Portuario.

40. Realizar las inversiones de acuerdo con los montos y fechas establecidas en el Plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato...”

1.5. Presunto incumplimiento

Teniendo en cuenta que según el Otrosí No. 2 de 2020, el cronograma del plan de inversión **año 2** establecido para el año 2021 (1/01/2021 al 31/12/2021) se venció el 31 de diciembre de 2021, se realiza la validación de las inversiones pendientes por ejecutar, identificando que no se ha ejecutado ningún valor a la fecha, según la información de los reportes de inversión privada semestral realizada por el concesionario, por lo tanto el valor pendiente por ejecutar correspondería a USD 9.293.638 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 4.705.523 como se muestra:

PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL 31 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2021										
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	0	1	2	3	4	5	6	7	TOTAL CONSTANTE S DE DIC DE 2015	VPN NO PER
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022		
	22/09/2015	15/04/2016	1/01/2017	1/01/2018	1/01/2019	1/01/2020	1/01/2021	1/01/2022		
	31/12/2015	31/12/2016	31/12/2017	31/12/2018	31/12/2019	31/12/2020	31/12/2021	31/12/2022		
Obras Cíviles	0	0	0	0	0	0	8.639.793	0	8.639.793	4.374.470,72
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	3.149.793	0	3.149.793	1.594.792,52
Trestle	0	0	0	0	0	0	2.423.000	0	2.423.000	1.226.805,15
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	0	1.986.000	0	1.986.000	1.005.544,79
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	0	672.000	0	672.000	340.244,76
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	0	409.000	0	409.000	207.083,49
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Desmovilización	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Equipos	0	0	0	0	0	0	653.845	0	653.845	331.052,58
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	301.240	0	301.240	152.522,82
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	352.605	0	352.605	178.529,77
TOTAL USD CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015	0	0	0	0	0	0	9.293.638	0	9.293.638	4.705.523
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL DEL AÑO 2 DE INVERSIONES						4.705.523				

(...)"

En la misma línea, se hizo referencia al memorando No. 20223080099543 del 12 de agosto de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 se refirió al presunto incumplimiento al plan de inversiones correspondiente al año 3 así:

“(…)

Imputación financiera de las Actividades establecidas en el cronograma del plan de Inversión año 3 para el año 2022:

- Es importante precisar que actualmente cursa un proceso sancionatorio por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con la ejecución del Plan de Inversión año 1, cuya solicitud formal de Inicio de Procedimiento Administrativo Sancionatorio se realizó con radicado No. 20213030128403 del 22/09/2021.
- El monto contractual que debía ejecutar del plan de inversión año 3 del 1 de enero al 30 de abril de 2022 correspondería a USD 846.695 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 382.764.
- La imputación financiera de las inversiones a la fecha es cero, como se muestra en el siguiente cuadro:

Tabla 2. Inversiones Imputables

EJECUTADO AL 31 DE DICIEMBRE DEL AÑO 2021	0	1	2	3	4	5	6	7	TOTAL CONSTANTES DE DIC DE 2015	VPN NO PER
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022		
	22/09/20	15/04/20	1/01/201	1/01/201	1/01/201	1/01/202	1/01/202	1/01/202		
	15	16	7	8	9	0	1	2		
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	31/12/20	31/12/20	31/12/20	31/12/20	31/12/20	31/12/20	31/12/20	31/12/20		
	15	16	17	18	19	20	21	22		
Obras Civiles	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Trestle	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	0

Fuente: Construcción GIT Financiero 1

La cláusula 20 Obligaciones del Concesionario, del contrato referido, dispone:

“... 25. Invertir a su propio nombre y a su cargo en infraestructura portuaria y equipos que aumenten las operaciones y la eficiencia del Terminal Portuario.

40. Realizar las inversiones de acuerdo con los montos y fechas establecidas en el Plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato...”

1.5. Presunto incumplimiento

Teniendo en cuenta que según el Otrosí No. 2 de 2020, el cronograma del plan de inversión año 3 establecido para el año 2022 (01/01/2022 al 30/04/2022) se venció el 30 de abril de 2022, se realiza la validación de las inversiones pendientes por ejecutar, identificando que no se ha ejecutado ningún valor a la fecha, según la información de los reportes de inversión privada semestral realizada por el concesionario; por lo tanto el valor pendiente por ejecutar correspondería a USD 846.695 dólares constantes de diciembre de 2015, con un valor presente (cálculo por fechas VPN.NO.PER) de USD 382.764 como se muestra a continuación:

Tabla 3. Inversiones Pendientes por Ejecutar

PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL 31 DE MAYO DEL AÑO 2022								TOTAL CONSTANTES DE DIC DE 2015	VPN NO PER
	0	1	2	3	4	5	6	7		
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022		
	22/09/201	15/04/201	1/01/2017	1/01/2018	1/01/2019	1/01/2020	1/01/2021	1/01/2022		
	5	6	7	8	9	0	1	2		
Obras Civiles	0	0	0	0	0	0	0	296.300	296.300	133.947,87
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Trestle	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Muelle de Atraque	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Dolphin de Atraque - 4 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Dolphin de Amarre - 2 unidades	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	167.300	167.300	75.631,04
Desmovilización	0	0	0	0	0	0	0	129.000	129.000	58.316,82
Equipos	0	0	0	0	0	0	0	550.395	550.395	248.816,19
Preliminares & Compras	0	0	0	0	0	0	0	0	0	-





PRESUNTO INCUMPLIMIENTO AL 31 DE MAYO DEL AÑO 2022										
PLAN DE INVERSIÓN SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS SA	0	1	2	3	4	5	6	7	TOTAL CONSTANTE S DE DIC DE 2015	VPN NO PER
	2015	2016	2017	2018	2019	2020	2021	2022		
	22/09/2015	15/04/2016	1/01/2017	1/01/2018	1/01/2019	1/01/2020	1/01/2021	1/01/2022		
	31/12/2015	31/12/2016	31/12/2017	31/12/2018	31/12/2019	31/12/2020	31/12/2021	31/12/2022		
Instalaciones Misceláneas	0	0	0	0	0	0	0	550.395	550.395	248.816,19
TOTAL USD CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2015	0	0	0	0	0	0	0	846.695	846.695	382.764
VPN (cálculo por fechas VPN.NO.PER) TOTAL DEL AÑO 2 DE INVERSIONES							382.764			

Fuente: Construcción GIT Financiero 1

(...)"

Aunado a lo anterior, es preciso resaltar que mediante Auto 20237070000846 del 13 de abril de 2023 se incorporó y corrió traslado del memorando ANI No. 20233030051883 del 10 de abril de 2023 y sus anexos, a través del cual la Vicepresidente de Gestión Contractual, el Gerente de Proyectos Portuarios y la Gerente del GIT Financiero I, sostuvieron que según el reporte de inversión privada con corte al segundo semestre de 2022 remitido por el concesionario en el radicado No. 20234090043512 del 16 de enero de 2023, se evidencia que el concesionario no ha iniciado la ejecución del plan de Inversiones establecido en el Otrosí No.2 de 2020 al contrato de concesión No.003 de 2015.

En dicho documento se estableció lo siguiente:

“

AÑO/SEMESTRE	NÚMEROS DE RADICADOS CONCESIONARIO	NÚMERO DE MEMORANDOS DIRIGIDOS A LA VICEPRESIDENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	VALOR REPORTADO O ACUMULADO
I Semestre de 2016	20164090655472 del 1/08/2016	20163080101433 del 19/08/2016	COP\$0
II Semestre de 2016	20174090044662 del 17/01/17	20173100011923 del 20/01/2017	COP\$0
I Semestre de 2017	Correo electrónico 26/07/17	20173100104153 del 26/07/2017	COP\$0
II Semestre de 2017	20184090023582 del 11/01/18	20183100025233 del 07/02/2018	COP\$0
I Semestre de 2018	Correo Electrónico de 31-08/18	20183080134323 del 5/09/2018	COP\$0
II Semestre de 2018	Correo electrónico	20193080023233 del 05/02/2019	COP\$0
I Semestre de 2019	Correo electrónico	20193080111443 del 26/07/2019	COP\$0
II Semestre de 2019	20204090049362 del 20/01/2020	20203080017383 del 23/01/2020	COP\$0
I Semestre de 2020	20204090640282 del 16/07/2020	20203080090043 del 18/07/2020	COP\$0
II Semestre de 2020	20214090034942 del 14/01/2021	20213080020993 del 26/01/2021	COP\$0
I Semestre de 2021	20214090763392 del 9/07/2021	20213080100033 del 16/07/2021	COP\$0
II Semestre de 2021	20224090227002 del 28/02/2022	20223080028033 del 3-02-2022	COP\$0
I Semestre de 2022	20224090227002 del 28/02/2022	20223080088703 del 19/07/2022	COP\$0
II Semestre de 2022	20234090043512 del 16/01/2023	20233080017753 del 03/02/2023	COP\$0

(...)

CONCEPTO DE LA INVERSIÓN	VALORES EN PESOS COLOMBIANOS (COP)		
	Inversión acumulada al anterior reporte (1)	Inversión en el Periodo Reportado (2)	Inversión acumulada (3) = (1) + (2)
1. INFRAESTRUCTURA EN SERVICIO (1.1+1.2)	\$0,00	\$0,00	\$0,00
1.1. Construcciones	\$0,00	\$0,00	\$0,00
1.2. Inmuebles por destinación	\$0,00	\$0,00	\$0,00
2. INFRAESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN	\$0,00	\$0,00	\$0,00
3. PROPIEDAD, PLANTA Y EQUIPOS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
4. DRAGADOS	\$0,00	\$0,00	\$0,00

5. SISTEMAS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
TOTAL, INVERSION (1+2+3+4+5)	\$0,00	\$0,00	\$0,00

En ese orden de ideas, se evidencia que la sociedad Portuaria Puerto de las Américas, a 31 de diciembre de 2022, no ha realizado acción alguna para el desarrollo del plan de inversión aprobado en el Otrosí No. 2 de 2020 (...)"

Así las cosas, cabe recordar que en el escrito de citación se establecieron como normas presuntamente vulneradas, la contenida en el numeral 40 de la Cláusula 20 y la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, las cuales fueron transcritas en precedencia. Al respecto, el Despacho, a partir de las pruebas obrantes en la actuación encuentra que se incumplen por el Concesionario tales cláusulas, las cuales se refieren a la obligación de cumplir con el plan de inversiones contractual, toda vez que el acervo probatorio da cuenta de que el Concesionario no ha realizado las inversiones determinadas en el Plan de Inversiones del contrato, para realizar en los años 2° y 3°.

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

Se destaca que, de las pruebas puestas en conocimiento a través de la citación a audiencia, las cuales demuestran el incumplimiento al plan de inversiones, ninguna de ellas fue objetada, tachada, ni desvirtuada por el Concesionario o su Garante, con lo cual se evidencia la materialización del incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por cuanto la inejecución del plan de inversiones de los años 2 y 3 se torna evidente de acuerdo con dichas pruebas, que expresamente refieren que el Concesionario no ha ejecutado ningún valor del plan de inversiones.

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

Finalmente se debe señalar que a la fecha el Concesionario no ha demostrado haber dado cumplimiento a su obligación de ejecutar el Plan de Inversiones pactado en el contrato, sino que, por el contrario, según el memorando 20233030051883 del 10 de abril de 2023 se da cuenta precisamente de la total ausencia de inversiones.

Así las cosas, de las pruebas obrantes en el expediente el Despacho encuentra acreditado el incumplimiento por parte del Concesionario del numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula quinta del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, por no ejecutar el Plan de Inversiones de los años 2 y 3, en los términos pactados contractualmente, por lo que procederá a analizar los descargos presentados por los Citados en los siguientes acápite, a efectos de verificar si opera alguna causal excluyente de responsabilidad que pueda excusar la desatención obligacional del Concesionario, respecto de las cláusulas contractuales aludidas.

5.2. ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS DEL CONCESIONARIO.

De conformidad con lo expuesto por el Concesionario en la audiencia de descargos, respecto del traslado de lo argüido en el expediente 20217070320700053E, el Despacho procede a su análisis en aras de desatar cada uno, con el fin de determinar su procedencia.





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

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

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

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

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

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

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

5.2.2. Desbordado incremento del precio del dólar

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

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

Análisis del Despacho

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



eximentes de responsabilidad, de conformidad con lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia.

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

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

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

En este sentido, las causales exonerativas impiden la imputación, en ocasiones porque es inexistente el nexo de causalidad, o en ocasiones demostrando que si bien el demandado por acción u omisión causó el daño, lo hizo coaccionado por un hecho externo, imprevisto e irresistible¹¹.

Así mismo, doctrinariamente se ha expresado que:

“Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que la fuerza mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los perjuicios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna imposible la ejecución del objeto contractual (...)”¹²(Subrayado fuera del texto)

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

Doctrinantes, como Héctor Patiño¹³, al analizar los pronunciamientos jurisprudenciales existentes concluyen que:

“(...) la fuerza mayor para que se configure como causal eximente de responsabilidad debe contener los tres elementos indicadores que hacen parte de su definición:

- 1. Es un hecho externo*
- 2. Es un hecho imprevisible*
- 3. Es un hecho irresistible”*

Características, que el Autor desarrolla así:

“(...)”

- 1. Es un hecho externo: la exigencia de este elemento le da el verdadero carácter de causa extraña a la fuerza mayor. El hecho constitutivo de fuerza mayor debe ser ajeno a la actividad dentro de la cual se ha causado el daño; dicho de otra manera, la fuerza mayor está definida como aquel hecho que no depende del actuar de ninguna de las partes que se encuentran vinculadas al hecho dañino: no debe ser imputable ni a quien lo causa ni a quien lo sufre. (...)”*
- 2. Es un hecho imprevisible: conforme al criterio unívoco de la jurisprudencia tradicional, la imprevisibilidad se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible en cada caso concreto, se requiere analizar las circunstancias particulares que rodean la actividad en desarrollo de la cual acaeció el daño y, por consiguiente, se deben verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega la fuerza*

¹¹ Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las obligaciones. Octava edición Editorial Temis. 2005. Pg. 110

¹² Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 715.

¹³ Las causales exonerativas de la responsabilidad extracontractual. H. Patiño. En el link: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2898/2539>, Revisado el día 17-12-2020

mayor. Que el hecho sea imprevisible implica que en condiciones normales haya sido totalmente imposible para el agente precaverse contra él.
(...)

Con todo, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que son hechos normalmente previsibles los que suceden en el curso ordinario en que se desarrolla determinada actividad y ha establecido que para acordar lo previsible de un hecho, deben tenerse en cuenta tres criterios sustantivos¹⁴, los cuales deben analizarse respecto de cada caso en concreto: a. El referente a su normalidad y frecuencia b. El atinente a la probabilidad de su realización c. El concerniente a su carácter excepcional y sorpresivo.
(...)

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

Características anotadas que se coligen naturalmente de lo que se entiende por fuerza mayor, la cual, y citando la misma obra de Patiño, se concibe en Sentencia del Consejo de Estado¹⁵ así:

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

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

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

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

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

En ese estado, resulta del caso realizar un análisis de los elementos de convicción aportados por el Concesionario con el fin de probar la existencia de un eximente de

¹⁴ CSJ, Sala de Casación Civil, 13/Jun./2000, Exp. 5475

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





responsabilidad por fuerza mayor debido al inusitado incremento de costos de construcción por cuenta de la pandemia de Covid-19, y el incremento del precio del dólar, así:

- Archivo PDF denominado *"4. Grafico (sic) incremento de precios acero Colombia (La Republica Julio 6-2021).pdf"*, que es un extracto del artículo *"Los precios del acero, del hierro y el alambre, subieron 75% por el comercio mundial"* del diario La República del 6 de julio de 2021, en el cual se indica que: (i) El grupo de insumos de aceros y hierros registró un incremento de 31,3% de julio de 2020 a junio de 2021, (ii) Productos como aceros figurados, alambres y mallas electrosoldadas han presentado aumentos superiores a 75% entre de julio de 2020 a junio de 2021, y (iii) El incremento de precio obedece a la dinámica a nivel internacional presionada por la recuperación de mercados.
- Archivo PDF denominado *"TO033-2022 SOC PORT las américas"* que corresponde a la traducción oficial publicada por GORDIAN en un blog denominado *"Lo que Dicen los Datos: Volatilidad de los Costos del Acero Estructural"*, en el cual se indicó que existen cuatro factores que hacen fluctuar el valor del acero, a saber: (i) Costos de fabricación del acero, (ii) Mano de obra de instalación, (iii) Costos de transporte y aranceles, y (iv) Oferta y Demanda.
- Archivo PDF denominado *"6.TRM IMPACTO.pdf"*, sin nota de autoría, así como fuentes de la información, en el cual se indica que la TRM del Otrosí era de 3.772,43 y que la actual es de \$4.000. También se señala que el impacto por TRM en el valor de la inversión estaría en el orden los MCOP 4.550.
- Archivo PDF denominado *"TO034-2022 SOC PORT las américas"* que corresponde a la traducción oficial de un documento referido a la LISTA DE PRECIOS DE SUMA GLOBAL - MUELLE con fecha 2 de octubre de 2017 a las 10:08 am, con un valor total de \$11,361,298.44
- Archivo PDF denominado *"TO035-2022 SOC PORT las américas"* que corresponde a la traducción oficial de un informe referido a MSCE - Muelle SPLA que corresponde a un estimado de costos creado por Jorge Abisambra el 25 de abril de 2016.
- Archivo PDF denominado *"2016 ConciseReport (Items traducidos).pdf"*, que corresponde a los costos por actividades para la ejecución o partidas del Proyecto en los años 2016, 2020 y 2022. Así, en enero de 2016 el costo del proyecto ascendía a \$ 11,361,298.44 USD, en enero de 2020 a \$11.743.662,70 USD y en enero de 2022 a \$16.587.606,47 USD.
- Archivos tipo PDF denominados: *"TO083-2022 TERLICA.pdf"*, *"TO084-2022 TERLICA.pdf"* y *"TO085-2022 TERLICA.pdf"*, que corresponde al costo de materiales a utilizar para la construcción del Proyecto en las vigencias 2016, 2020 y 2022, señalando que los costos desde 2016 a febrero de 2020 incrementaron en un 3% y para febrero de 2022 en 62%.

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

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

Testigo: Por supuesto, además de todos los pasos que expliqué en el diseño y de ir descubriendo la factibilidad del proyecto, paralelamente el motor que conduce a la factibilidad es el elemento costos, costos - beneficios, además. En eso nosotros hemos sido muy cuidadosos, inclusive por petición de los dueños de ir controlando y en el momento de hacer los diseños se hacen muchas iteraciones de alternativas para poder encontrar el beneficio, el costo más económico, pero igualmente efectivo, sin sacrificar la calidad de la



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

(...)

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

(...)

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

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

Apoderado del Concesionario: 16, 20 y 22.



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

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

Testigo: Sí

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

Testigo: El concreto

Apoderado del Concesionario: Concreto

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

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

Testigo: Las barras, varillas de acero, sí.

Apoderado del Concesionario: Varillas de acero.

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

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

Testigo: Ya ese cuadro consolida lo que los componentes de cada actividad, las mayores partidas por decirlo en español, las partidas del proyecto, consolida ya la elaboración, instalación y puesta en operación de las estructuras y allí se aplican los costos indirectos de la simulación del profit o ganancia que tendría un contratista en hacer la obra, es el valor que tendría porque estamos simulando el valor total o sea el egreso de parte de los dueños del proyecto para poner a funcionar la estructura, entonces allí se trasladan los costos de materiales, más la mano de obra, más los equipos y tal y todo completo, todos esos componentes se traducen en los costos del 2016, 20 y el año 22, ahí se ve todos los cambios producidos por el impacto económico de la pandemia.

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



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

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

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

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

Testigo: Correcto.

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

Testigo: Sí, exacto.

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

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

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

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

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

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

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



Documento firmado digitalmente



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

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

Testigo: *Sí, sí.*

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

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

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

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

(...)

Apoderado de la Garante: *Muchísimas gracias doctor Durán, pues he encontrado que las preguntas que ha realizado el doctor Alfredo han sido muy acertadas, igual la ilustración que nos ha dado el ingeniero Jorge también ha sido muy ilustrativa, es claro que pues nos encontramos en un mundo que han denominado incierto, cambiante, ambiguo, que ha generado una cantidad de incertidumbres de toda índole, yo quisiera que el ingeniero nos contará, y acudiendo un poco a su experiencia, si de alguna manera ha vivido un cuello de botella así como el que se estaba viviendo en la cadena de suministro, en su experiencia, si en algún, nos comentó al inicio de la audiencia que es más o menos 7 años de experiencia en Colombia y 35, 37 en Estados Unidos, en esa experiencia tan larga y obviamente acudiendo a su sabiduría y conocimiento, ¿en algún momento de todo su ejercicio encontró una crisis de la cadena de suministro como la que estamos viviendo actualmente?*

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

(...)

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



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

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

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

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

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

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

Despacho: *Quien desarrolla un proyecto asume todos los riesgos, de acuerdo muy bien. Conoce usted doctor Jorge por lo que nos señaló a partir de la respuesta que le dio a una pregunta que le hizo al doctor Alfredo Ricardo, que en septiembre de 2020 se suscribió un otrosí al Contrato de concesión portuaria entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria de las Américas, ¿es correcto?*

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

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

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

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

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

Despacho: *Ok, muy bien, una última pregunta que le quiero hacer es, usted nos dijo en alguna de las respuestas que nos dio también a las preguntas que le han hecho los Apoderados que, después de digamos todo lo que fue la*



pandemia mundial por el COVID, sin embargo, hemos llegado ya a un momento en enero y febrero de este año, digamos lentamente a una normalidad, pero el análisis que usted hace sobre los efectos del COVID doctor Jorge es un análisis que usted entiende concomitante a las inversiones que tiene que hacer la sociedad portuaria o es un efecto posterior. Y lo pregunto, permíteme para hacer más corta la pregunta, lo pregunto porque algunas de las preguntas que a usted le hacían tenían más relación con algunas circunstancias incluso ya para este año.

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

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

Del testimonio de Jorge Guillermo Abisambra Valencia ingeniero civil consultor para el diseño y construcción de la terminal portuaria, se resalta lo siguiente: (i) Hace parte del equipo encargado del diseño y construcción de la terminal portuaria. (ii) Los principales elementos que revisten en el costo del proyecto son los componentes de acero, concreto y elementos pretensados, (iii) A partir del 2020, por el efecto de la pandemia los precios de los elementos de construcción variaron sustancialmente, especialmente el del acero, desde enero de 2022, así como su disponibilidad, (iv) Los costos del acero han variado sustancialmente, pasando de 1.100 dólares la tonelada de Estados Unidos de 2019 a 3.223 dólares en febrero de 2022. (v) La variación del costo del combustible afecta las condiciones del puerto, (v) Es un hecho notorio que desde marzo de 2020 hacia adelante se presentaron las restricciones producto de la pandemia por COVID-19, (vi) En septiembre y octubre de 2020 existió paralización total de obras por restricciones y cierres en gran parte del mundo, las cuales han venido siendo superadas desde enero de 2022. (vii) En su experiencia profesional nunca ha presenciado una crisis en la cadena de suministro como la ocasionada por las restricciones producto del COVID-19, (vi) Los riesgos de una inversión económica en este tipo de proyectos los asumen los inversionistas, (viii) Quien desarrolla un proyecto de infraestructura asume todos los riesgos, entre ellos el incremento que pueda tener el dólar, (ix) Los efectos generados por las restricciones del COVID-19 tuvieron lugar de manera concomitante con la fecha en la cual el Concesionario debía cumplir con las obligaciones reprochadas.

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

“Apoderado del Concesionario: *Bueno señor William, el proyecto de terminal portuario de la Sociedad Portuaria las Américas concebía unos costos en términos de dólares al momento de su dimensionamiento, situación que está sujeta naturalmente a la variación del precio de dólar, usted podría indicarnos ¿cómo ha impactado en el proyecto este fenómeno de incremento del precio del dólar?*

Testigo: *Claro que sí, bueno básicamente el proyecto obviamente está planteado en dólares, alrededor de lo que tenemos en el otrosí, alrededor de 13.3 millones de dólares. Sin embargo, en la TRM con la cual nosotros contemplamos ese otrosí o la que estaba modelado en ese modelo financiero, valga la redundancia, es una TRM alrededor de los 3.772 pesos con 43 centavos, esa fue la TRM con la que se planteó el modelo y con la que se plantearon todos los números e hicimos la firma; sin embargo, nosotros nos habíamos comprometido pues, con una serie de inversiones basadas en esa TRM, pero la coyuntura, de por ejemplo 2020 que fue cuando hicimos el otrosí y de ahí en adelante pues todo lo que se ha desprendido con relación a la tasa de cambio, han sido temas totalmente inestables y temas que pues*



pegarle a un valor exacto, un valor aproximado, estimado, ha sido demasiado complejo, bajo las condiciones que se han presentado en el escenario mundial desde el 2020 hasta la fecha. El proyecto como lo decía 13.3 millones de dólares pero sin embargo, al momento para nosotros ya como empezar a ejecutar, o empezar a mirar, o a revisar ya obras, logramos ver que por ejemplo en temas, en meses como el mes de octubre la TRM tuvo un máximo alrededor de 3.881 con 80, o en meses como noviembre, del 2020 me refiero, llegamos a una TRM, tuvimos TRM máxima de 3.858 con 56, entonces notábamos que nos estábamos saliendo del rango y eso obviamente podría tener implicaciones negativas en el proyecto, sobre todo pues para cumplir la TIR con la cual habíamos acordado o teníamos previsto para esto.

Apoderado del Concesionario: *Conforme a su respuesta anterior, ¿la TIR del proyecto sería viable, haría viable al proyecto a un dólar a qué precio?*

Testigo: *3.773 con, voy a decirlo exactamente, 3.772 con 43 perdón, 3.772 con 43 centavos.*

Apoderado del Concesionario: *Correcto, este crecimiento de dólar ¿cómo ha impactado en el proyecto referido a la situación actual?*

Testigo: *Claro, actualmente logramos ver un dólar promedio ya uno decía 4.000 pesos, ya nos referimos a un dólar actualmente a un precio de 4.000, coyunturalmente estamos viviendo en los últimos días donde ha tenido una fuerte baja y se ha ubicado alrededor de los 3.775, se recupera un poco, y vuelve y cae. Sin embargo, el escenario sigue siendo totalmente inestable a los temas de la TRM y no responde a temas, por ejemplo fundamentales, siempre hemos visto que la TRM, o el precio del petróleo por ejemplo tiene una incidencia fundamental en el comportamiento y hoy tenemos un petróleo bastante costoso en comparación por ejemplo, como lo teníamos en 2020, sin embargo la TRM no ha visto como una respuesta tan efectiva a un precio de petróleo tan alto; no está respondiendo tan rápidamente a los fundamentales como normalmente lo ha hecho y eso ha hecho que nosotros también seamos un poco cautos o no tengamos como el tema para lograr equiparar ese impacto de la TRM en lo que implica comprar materiales con su denominación en dólares.*

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

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

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

Testigo: *Bueno el proyecto, claramente es un proyecto que nosotros planteamos, veíamos una viabilidad en el proyecto, la TRM está impactando fuertemente en esto y pues es algo que nos hace como replantear o mirar a*

ver que podría pasar, para de pronto tomar una mejor decisión de que, si nos va a representar una mayor inversión o no.

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

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

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

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

Apoderado del Concesionario: De acuerdo, entonces llevándonos el escenario a lo que es la terminal portuaria, el proyecto portuario de la





Sociedad Portuaria las Américas ¿este fenómeno de variación de dólar, de incremento de costos está haciendo en este momento que el proyecto sea viable o deba ser replanteado estructuralmente? ¿cuál sería la solución desde el punto de vista financiero?

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

Despacho: *De parte del Despacho inicialmente una pregunta, señor Granados precisamente teniendo en cuenta como usted bien lo señaló y usted es un experto en finanzas por lo que nos ha contado tanto su experiencia profesional como su preparación profesional, usted nos señalaba que el precio del dólar es un tema absolutamente especulativo, si eso es así, le pregunto si teniendo en cuenta ello, el contrato de concesión sabe usted, tiene conocimiento, prevé algo sobre el riesgo que puede haber en cuanto al precio del dólar ¿lo tiene presente?*

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

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

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

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

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

Del testimonio de William Enrique Granados Colina profesional en finanzas del proyecto, se extrae lo siguiente: (i) Es el Director Financiero del Proyecto, (ii) La TRM con la cual se planteó el modelo financiero para el Otrosí No. 002 es de 3.772,43 centavos, sin



embargo para los meses de octubre y noviembre de 2020 la TRM se ubicó en 3.881,80 y 3.858,56 pesos, respectivamente, (iii) La TRM ha presentado valores fluctuantes difíciles de predecir, (iv) Bajo el escenario generado por la TRM, si bien no contempla la inviabilidad del proyecto en términos financieros, indica que se debería revisar una eventual corrección de precios, (v) El Concesionario no adoptó ninguna medida a efectos de mitigar el riesgo cambiario a su cargo.

Ahora bien, analizados en conjunto los elementos de prueba aportados por el Concesionario, para el Despacho resulta claro que efectivamente se ha presentado una alteración respecto de las condiciones económicas del mercado que influyen directamente en el plan de inversiones, todo esto ocasionado en virtud de la aparición del COVID-19 y sus efectos.

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

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

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

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

- i. La OMS declaró el 11 de marzo de 2020 al COVID -19 como pandemia.
- ii. El 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria con ocasión del coronavirus a través de la Resolución No. 385, la cual fue prorrogada en el tiempo en nueve (9) oportunidades, hasta el pasado 30 de junio de 2022 según Resolución No. 666 del 8 de abril de 2022. A partir de la declaratoria de emergencia, el Gobierno Nacional expidió una serie de Decretos con el propósito de conjurar la calamidad pública por los efectos del COVID-19, entre los cuales se resaltan:
 - a. Decreto 412 del 16 de marzo de 2020 *“Por el cual se dictan normas para la conservación del orden público, la salud pública y se dictan otras disposiciones”*.
 - b. Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 *“Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional”*.
 - c. Decreto 457 del 22 de marzo de 2020 *“Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19 y el mantenimiento del orden público”*.

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

"(...)

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

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

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

"(...)

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

17. *Las actividades de dragado marítimo y fluvial.*

18. *La ejecución de obras de infraestructura de transporte y obra pública, así como la cadena de suministros de materiales e insumos relacionados con la ejecución de las mismas.*

19. *La revisión y atención de emergencias y afectaciones viales, y las obras de infraestructura que no pueden suspenderse.*

20. *La intervención de obras civiles y de construcción, las cuales, por su estado de avance de obra o de sus características, presenten riesgos de estabilidad técnica, amenaza de colapso o requieran acciones de reforzamiento estructural.*

(...)"

- e. Decreto 593 del 24 de abril de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público"*.
- f. Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público"*.
- g. Decreto 637 del 6 de mayo de 2020 *"Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio Nacional"*.
- h. Decreto 689 del 22 de mayo de 2020 *"Por el cual se prorroga la vigencia del Decreto 636 del 6 de mayo de 2020 «por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público"*.
- i. Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público"*.
- j. Decreto 878 del 25 de junio de 2020 *"Por el cual se modifica y prorroga la vigencia del Decreto 749 del 28 de mayo de 2020 "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público", modificado por el Decreto 847 del 14 de junio de 2020"*.
- k. Decreto 990 del 9 de julio de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público"*.
- l. Decreto 1076 del 28 de julio de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público"*.





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

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

Adicionalmente, y en lo que tiene que ver con el incremento del dólar, consultada la página web del Banco de la República de Colombia, se observa que, desde el 1 de marzo de 2020 al 30 de septiembre del mismo año, la TRM del dólar ha resultado sumamente volátil, encontrando que por ejemplo, el 1 de marzo se ubicó en \$3.539,86 pesos, el 20 de marzo en 4.153,91 pesos, el 30 de marzo en \$4.042,80 pesos, el 30 de abril en \$3.983,29, el 18 de mayo en \$3.926,06 pesos, el 31 de mayo en \$3.718,82 pesos, el 30 de junio en \$3.758,91 pesos, el 30 de julio en \$3.716,89 pesos, el 30 de agosto en \$3.760,38 pesos y el 30 de septiembre en 3.878,94¹⁶, con lo cual es claro que a la fecha del Otrosí No. 002, el Concesionario como diseñador del proyecto ya conocía las múltiples fluctuaciones en la TRM (más de 600 pesos en 6 meses) y las condiciones de mercado, decidiendo por voluntad propia reestructurar el negocio jurídico en las condiciones que se llevó a cabo¹⁷.

En la misma dirección, cabe destacar que la obligación reprochada corresponde a la ejecución del plan de inversiones para los años 2021 y 2022, esto es, del 1 de enero de 2021 al 30 de abril de 2022, con lo cual conviene traer a colación las TRM registradas para la época en que el Concesionario debió llevar a cabo las inversiones, así:

¹⁶ Datos tomados de la estadística de Tasa Representativa del Mercado (TRM - Peso por dólar) en la página oficial del Banco de la República de Colombia. <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trmG>

¹⁷ Datos tomados de la estadística de Tasa Representativa del Mercado (TRM - Peso por dólar) en la página oficial del Banco de la República de Colombia. <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>



Documento firmado digitalmente



Fuente: estadística de Tasa Representativa del Mercado (TRM - Peso por dólar) en la página oficial del Banco de la República de Colombia. <https://www.banrep.gov.co/es/estadisticas/trm>

Como se observa de lo anterior, salta a simple vista que durante la época en que el Concesionario debió llevar a cabo las inversiones de los años 2021 y 2022, la TRM se ubicó incluso muy por debajo de la tenida en cuenta para el Otrosí No. 2 (\$3.772,43), pues se advierte lo siguiente: (i) El día 5 de enero de 2021 la TRM se ubicó en \$ 3.420,78, siendo este el menor valor del periodo de inversiones que se reclama, (ii) Para el primer cuatrimestre de 2021 el promedio de la TRM fue de \$3.577,30, (iii) Para el segundo cuatrimestre de 2021 el promedio de la TRM fue de \$3.783,43, (iv) Para el tercer cuatrimestre de 2021 el promedio de la TRM fue de \$3.865,29, (v) Para el primer cuatrimestre de 2022 el promedio de la TRM fue de \$3.883,60, y (vi) El promedio para la TRM desde el 1 de enero de 2021 al 30 de abril de 2022 fue de \$ 3.777,79.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que en el evento en que el Concesionario hubiese decidido ejecutar las inversiones de los años 2 y 3, como era su obligación, entre enero de 2021 y abril de 2022, no habría tenido problemas relacionados con el incremento del precio del dólar, toda vez que, aunque el valor promedio de la divisa se ubicó en el mismo rango de la TRM proyectada para el Otrosí No. 002, existieron periodos en los cuales su valor fue muy inferior, situación frente a la cual habría sido beneficiado.

Así las cosas, con meridiana claridad solar el Despacho observa que si bien el COVID-19, *a priori*, resultó un hecho externo, irresistible e imprevisible para el mundo entero, este no tiene el alcance que pretenden el Apoderado del Concesionario y el del garante toda vez que, frente a la ejecución del plan de inversiones a ejecutar en los años 2021 y 2022, cuyo incumplimiento hoy se reprocha, no estructura las características del eximente de responsabilidad, pues si bien generó variaciones de cara a la ejecución del proyecto, no puede dejarse de lado que el plan de inversiones fue acordado por las partes mucho después de la aparición del COVID-19 y el inicio de sus efectos (30 de septiembre de 2020), sumado a que las condiciones de TRM se mantuvieron estables, e incluso inferiores a las proyectadas para el Otrosí durante el plazo en el cual el



Concesionario debió haber satisfecho la obligación, esto es, de enero de 2021 a abril de 2022.

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

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

*“Son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales **con el objeto de otorgar a una persona llamada concesionario la prestación, operación, explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del concesionario** y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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

*“La Corte Constitucional y el Consejo de Estado han extraído en sus pronunciamientos los elementos o características de la figura, así: (i) implica una convención entre un ente estatal, concedente, y otra persona, el concesionario; (ii) **la entidad estatal otorga a un particular la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública;** (iii) puede acudir a ella también para la explotación de bienes del Estado o para el desarrollo de actividades necesarias para la prestación de un servicio; (iv) la entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección, vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario; (v) **el concesionario debe asumir, así sea parcialmente, los riesgos del éxito o fracaso de su gestión, y por ello obra por su cuenta y riesgo;** (vi) el particular recibe una contraprestación que consistirá, entre otras modalidades, en derechos, tarifas, tasas, valorización, participación en la explotación del bien; (vii) deben pactarse las cláusulas excepcionales al derecho común, como son los de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad; (viii) el concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas”¹⁸.* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

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

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

¹⁸ Corte Constitucional, C-068 de 2009, Mp Mauricio González Cuervo.



*“En síntesis, en materia de asignación de riesgos el contrato de concesión portuaria sigue el lineamiento que caracteriza todos los contratos de concesión: la ejecución de la obra y/o la prestación del servicio se realizan por cuenta y riesgo del concesionario. Esto significa, principalmente, que **es el contratista quien asume los riesgos inherentes a la actividad que se le encarga, siempre que se trate de aleas previsibles y en la medida en que sea la parte que este en mejores condiciones de gestionar o administrar el riesgo, es decir, quien esté en capacidad de adoptar medidas para evitar o mitigar su ocurrencia.** Estos criterios generales permiten establecer en cada caso y según la naturaleza del objeto del contrato, cuáles son las contingencias que puedan afectar el desarrollo del contrato y quien debe asumirlas”¹⁹. (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Apuntalado lo anterior, es necesario poner de relieve que en el caso sub examine, las Partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad establecieron las condiciones de ejecución, entre ellas la determinación y asignación de los riesgos. Así, en el Contrato de Concesión No. 003 de 2015 se observa la siguiente distribución de riesgos:

*“17.1 RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO: A partir de la fecha de suscripción del Contrato, **el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato y sus Anexos o que se deriven de la naturaleza de este contrato.** No obstante lo anterior, el concesionario asume el riesgo del estado en que se encuentran las zonas de uso públicos concesionadas y los bienes muebles e inmuebles que lo conforman, sin que pueda alegar su alteración o detrimento por eventos causados con anterioridad a la suscripción del contrato.*

*Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el CONCESIONARIO y consecuentemente el CONCEDENTE no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de los riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren pactados expresamente en el presente contrato.
(...)*

*b. **Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la evolución de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar, sin importar si dicha evolución coincide o no con cualquier pre cálculo de las partes conocido o no por su contraparte.***

*c. **Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de la evolución de la inflación real del Peso y del Dólar, sin importar si dicha evolución coincide o no con cualquier pre cálculo de las partes conocido o no por su contra parte.***

*d. **Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras, incluido el valor de los equipos, sistemas y programas requeridos de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción y en el Contrato de Concesión.**
(...)*

*h. Los efectos, favorables o desfavorables, de la alteración de las condiciones de financiación como consecuencia de cambios en las variables del mercado.
(...)*

*j. Los efectos, favorables o desfavorables, derivadas de las variaciones en la rentabilidad del mercado y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.
(...)*

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

¹⁹ Tribunal arbitral de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura SA Vs Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 16 de febrero de 2022. Arbitros Arturo Solarte Rodriguez, Jose Alejandro Bonivento Fernandez y Alier Eduardo Hernandez Enriquez.



(...)

n. En general, los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones por parte del **CONCESIONARIO** necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, las obligaciones contenidas en la licencia ambiental, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros". (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior, es claro que el acuerdo contractual obedeció a la figura del contrato de concesión, según la cual el Concesionario asumiría los efectos favorables o desfavorables derivados de los riesgos ocasionados en virtud de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar, la evolución de la inflación real del Peso y del Dólar, las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras, incluido el valor de los equipos, sistemas y programas requeridos de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción y en el Contrato de Concesión, y los retrasos en las obras, entre otros.

Así las cosas, salta a simple vista que desde la identificación y asignación de riesgos del Contrato se previó la posibilidad que dada la divisa en que fue pactado y las condiciones de mercado, se produjera una mayor o menor onerosidad para el Concesionario, con lo cual este último estuvo de acuerdo y asumió dicho riesgo voluntariamente, sin que en este momento le resulte dable desconocer el alcance de sus compromisos contractuales. Adicionalmente, se resalta que fue el Concesionario quien no ejecutó las inversiones en la época en que el Otrosí No. 002 así lo exigió, debiendo por ende soportar la materialización de los riesgos por el retraso en las obras, tal como se dispuso en el literal l)²⁰ de la cláusula 17.1 del Contrato.

A partir de todo lo expuesto y en línea con lo señalado en la resolución discutida, es claro que si bien el COVID-19 resultó ser una situación que *a priori* pudiera considerarse como un hecho externo, irresistible e imprevisible, para la ejecución del Contrato de Concesión No. 003 de 2015 y muy particularmente para la ejecución del Plan de Inversiones de los años 2021 y 2022 no resultó imprevisible toda vez que, las modificaciones introducidas en el vínculo a través del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 que tienen alcance en las obligaciones que hoy se reprochan, fueron muy posteriores a la aparición del COVID 19, así como a sus efectos, con lo cual es claro que este no puede estructurarse como un evento eximente de responsabilidad que releve al Concesionario del cumplimiento de sus obligaciones, en la medida en que se demostró que uno de los elementos necesarios para su configuración, la imprevisibilidad, no se encuentra presente.

Si bien basta para desechar la posibilidad de que estemos ante una situación de fuerza mayor o caso fortuito, el que esté claro que la situación no era imprevisible, en suma, resulta importante señalar que tampoco puede considerarse una situación irresistible.

Aunque los efectos del COVID-19 produjeron variaciones del mercado de cara a la ejecución del plan de inversiones, que como se anotó no fueron imprevisibles, no debe dejarse de lado que el Concesionario asumió los efectos favorables o desfavorables de los riesgos que hoy alega y que fueron ratificados nuevamente con la firma del Otrosí No. 002²¹.

Significa lo anterior que al haber el Concesionario voluntariamente asumido un riesgo, no puede luego pretender que ese riesgo sea una situación irresistible, puesto que

²⁰ "l. Los efectos desfavorables derivados de cualquier retraso en la ejecución de las Obras, de acuerdo con los plazos contractualmente previstos, en tanto dicho retraso generará las consecuencias previstas en este Contrato."

²¹ En la cláusula decima tercera del Otrosí No. 002 las partes acordaron: "Las cláusulas y condiciones del contrato de concesión portuaria No. 003 de 2015, que no fueron objeto de modificación por el presente Otrosí, conservan plena y total vigencia y validez en los mismos términos del contrato de Concesión Portuaria y su Otrosí No. 1 de 2016.



precisamente para hacerle frente y resistir la situación, es que se pactó que el riesgo sería asumido por el Concesionario.

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

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

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

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

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

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

Análisis del Despacho

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

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

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



- Archivos PDF denominados “5. SITUACIÓN FITOSANITARIA ENFERMEDAD PC IMPACTO EN PRODUCCION DE AC DE PALMA.pdf” y “SITUACIÓN PC ZONA NORTE NOV 20 2021.pdf”, de igual contenido, los cuales comprenden una presentación sobre el estado del PC en la zona norte y el Magdalena, con fecha noviembre de 2021 sin nota de autoría. En dicho documento se indica que: (i) El 10% del área total sembrada en la Zona Norte reporta estar afectada por PC, (ii) La zona norte reporta 11.337 ha afectadas por PC sin eliminar, (iii) El 88% del área afectada por PC se encuentra en el Departamento del Magdalena, (iv) En la Zona Norte se evidencia una drástica disminución del 24% en el fruto procesado en el primer trimestre del año 2021 en comparación con el año 2020, (v) El Magdalena prevé un segundo semestre con menor producción que en años anteriores acorde a lo que se ha ido observando en campo, en la subzona de Codazzi se aprecia una caída hasta septiembre y hace énfasis en la baja Tasa de Extracción Aceite, especialmente en la época de mayor cosecha de Racimos de Fruta Fresca, llegando de forma anual no mayor a 20,5% en comparación al 2020, esto producto de los problemas fitosanitarios que enfrenta la Zona.
- Archivo PDF denominado “INFORME GIRA ZONA NORTE MESA PC JD 20211108.pdf”, el cual contiene un informe de visita técnica al Departamento del Magdalena del 8 al 10 de noviembre de 2021 elaborado por CENIPALMA, en el cual se indica entre otros que: (i) La crisis de la Zona Norte no es solamente por PC, sino que se ha agudizado por el factor humano y por la toma de decisiones. En la zona se pudieron evidenciar plantaciones bien manejadas, con riego, fertilización y buen manejo agronómico que aún se encuentran sanas. (ii) En la Zona Norte Cenipalma ha realizado una gran labor y no solamente en este momento coyuntural sino a lo largo del tiempo, lo que ha permitido a los productores tener herramientas para la prevención, control y mitigación de la enfermedad acorde con los avances de investigación y las condiciones de cada subzona, (iv) En la Zona Norte se destaca el avance en el manejo del híbrido, que es la ventana más apropiada para que esa región pueda realmente recuperarse. Si bien el nivel de devastación durante los últimos años ha sido evidente, existe una esperanza muy clara con los cultivares híbridos y hay una experiencia avanzada en el manejo in situ, (v) Si se le dan las condiciones necesarias a la palma afectada por PC para que se recupere, se puede recuperar, se debe cumplir con el paquete tecnológico para recuperarlas, (vi) En general, la situación en el Magdalena es bastante delicada y requiere de acciones inmediatas que deben ser discutidas de manera urgente. La presencia de la PC abarca la mayor parte de las 40.000 hectáreas sembradas en la región.
- Prueba pericial contenida en los archivos PDF denominados “DAABON 2022 informe revisado y firmado”, “RESPUESTA ANI.pdf”, “CÁMARA Y COMERCIO DE CENIPALMA 07-05-22.pdf”, y “Resolución 1538-2019 reconocimiento de Colciencias.pdf”, elaborada en el mes de marzo de 2022, en la cual se concluye, entre otros, que: (i) La Pudrición del cogollo es el problema fitosanitario más limitante del cultivo de la palma de aceite en América. En Colombia, se presenta en las cuatro zonas palmeras del país, (ii) Las epidemias más destacadas se presentaron en Turbo, Antioquia, al norte del país, en la década de los años 60, en la Zona Oriental a finales de los años 80, en la Zona Suroccidental, específicamente el municipio de Tumaco fue afectado de manera letal a partir de 2006. En 2007 se registró la epidemia de manera crítica en el municipio de Puerto Wilches, Santander (Zona Central), (iii) La Zona Norte del País, tiene cultivos de palma de aceite en los departamentos de Antioquia, Atlántico, Bolívar, Cesar (Sector Norte), Córdoba, La Guajira, Magdalena y Sucre, en 80 municipios en un área de 111.781 hectáreas, aproximadamente. De las cuales en producción se encuentran 100.335 ha y en desarrollo 11.446 ha. Lo que representa un 22% del área total del país, (iv) En los últimos 11 años, el departamento del Magdalena paso de tener 949.710 casos de PC, que representan 6.641 ha, con una incidencia acumulada de 6,2% a tener 1´527.003 casos de PC que equivalen a 10.678 ha y una incidencia acumulada de 24,8%, a nivel departamental, (v) La producción de aceite de palma por cuenta de los cultivos afectados por la PC pasó de 421.911 toneladas en el años 2018, a 326.440 en el 2020, (vi) La proyección de producción potencial de aceite de



palma crudo en la zona norte a 2016 fue de 304.859 toneladas, a 2020 de 326.440 toneladas, a 2022 de 408.932 toneladas, a 2025 de 414.707 toneladas, a 2027 de 421.307 toneladas y a 2030 de 431.207 toneladas.

Analizados los anteriores elementos de prueba, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente: (i) La enfermedad de pudrición de cogollo en los cultivos de palma no es una novedad, las epidemias más destacadas por la enfermedad se presentaron en Turbo, Antioquia, al norte del país, en la década de los años 60, en la Zona Oriental a finales de los años 80, en la Zona Suroccidental, específicamente el municipio de Tumaco fue afectado a partir de 2006. En 2007 se registró la epidemia de manera crítica en el municipio de Puerto Wilches, Santander (Zona Central). (ii) Efectivamente se ha presentado una variación importante en el cultivo de palma de aceite en la zona norte del país producto del aumento de casos de la enfermedad de Pudrición del Cogollo, (iii) Si se le dan las condiciones necesarias a la palma afectada por la Pudrición del Cogollo para que se recupere, se puede recuperar, cumpliendo con el paquete tecnológico para recuperarlas, (iv) La disminución en la producción de aceite producto de la Pudrición del Cogollo se observa con mayor impacto desde el año 2019 y se proyecta un incremento paulatino desde el año 2022.

Ahora bien, el Despacho evidencia que, sumado a lo anterior, dentro de las pruebas testimoniales trasladadas de otra actuación a la presente, por solicitud del apoderado del Concesionario, obra la declaración del señor Juan Carlos Lara González de la cual conviene destacar lo siguiente:

“Apoderado del Concesionario: *En primer lugar, ¿podría usted indicarnos o relatarnos cuál ha sido el comportamiento histórico del fenómeno de pudrición de cogollo de palma africana en el departamento del Magdalena? referido a décadas hace no sé 2, 3, ¿desde cuándo se haya podido presentar?*

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



están ya casi en el 40% de todo lo que es la zona y pues, eso ha generado una problemática bastante grande con productores que, pues prácticamente cuando uno habla de incidencias que pueden llegar hasta el 40% en una zona, pues, hay plantaciones donde ya está el ciento por ciento totalmente devastadas, entonces con plantaciones y productores que prácticamente salieron del mercado y dejaron de ser productores. Eso es digamos como siendo muy conciso la realidad y como el histórico general de la zona como tal.

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

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



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

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

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

Testigo: Mira lo que pasa es que, al tener uno 11.000 hectáreas digamos afectadas por pudrición de cogollo, esas 11.000 hectáreas, específicamente en el Magdalena no, lo quiero concentrar el tema en el Magdalena, porque a pesar de que en César y en otros departamentos también hay incidencias, pero digamos donde más ha golpeado es el Magdalena, cuando uno tiene 11.000 hectáreas abajo, ya totalmente pérdidas, pues eso afecta el tema de la producción de aceite, si ya más o menos uno puede tener un potencial hasta de 5 toneladas de aceite por hectárea de Palma, estamos hablando de 55.000 toneladas de aceite menos, que se van a producir en la zona, entonces cuando empieza uno a mirar los números y los reportes que muestra Cenipalma y Fedepalma a través de sus, digamos estudios por el Fondo de Fomento Palmero y estabilización de precios, o sea los reportes que hacen todos los palmeros, uno no veía esa caída. ¿Por qué no se veía esa caída? porque se estaba entrando a buscar aceites, en este caso la materia prima que es Palma, fruto de Palma, en otras zonas, entonces entraron zonas productoras como Córdoba inclusive ha entrado Urabá, se ha entrado en la zona central, la zona de Tibú, porque las 13 extractoras que les mencioné necesitaban suplir su materia prima para producir; entonces cuando uno mira y cuantifica eso, pues les decía yo ahora, han habido productores que han salido del negocio, pero las extractoras se estaban sosteniendo digamos en las producciones de aceite; por eso entonces uno decía pero no sé, no tiene como relación la disminución en el área con la cantidad de aceite que se producía, pero era por eso porque salimos a buscar aceite a otras zonas. Eso del 2018 hacia acá se fue marcando, pero donde más se ha empezado a marcar ha sido del 2020 y 2021 ¿por qué? porque es que a eso había que sumarle también el tema de la pandemia. Lastimosamente a pesar de que el Gobierno nacional, digamos el sector del agro tenía, digamos unas condiciones especiales para que no se parará la producción, pues fue innegable que muchas plantaciones pararon, ¿por qué? porque se empezaron a presentar casos de trabajadores enfermos, extractoras con personal enfermo, entonces eso generó de que pues ya no se podía salir a buscar tampoco mucho aceite a otras zonas y ha generado que en la zona hay una escasez, si hoy en día nos vamos a marzo del 2022, esta era una época en que nosotros teníamos unas muy buenas producciones, donde las extractoras estaban full de fruta para producir aceite y lastimosamente vemos que sí estamos trabajando con una capacidad normal, porque hemos continuado trayendo fruta de otros lados, pero nuestros cultivos en la realidad siguen todos los días enfermándose más y más, el año pasado el Gobierno generó unas partidas por más de 4.000 millones de pesos del Ministerio y del ICA para erradicación de Palma y este año a pesar de que ustedes saben que es un año donde hay elecciones, donde hay muchas restricciones en estos presupuestos, se logró que el Gobierno nos apoyará con otros 4.000 millones de pesos más, para continuar las erradicaciones de esas áreas, que como les decía ahorita, están ya devastadas por la Pudrición del cogollo. Ha habido un fenómeno, y el fenómeno es que muchos de los productores de Palma han migrado a otros cultivos, han migrado a unos cultivos transitorios pues que les hagan un retorno mucho más rápido que la Palma; la Palma ustedes saben que es un cultivo perenne que si yo las siembro hoy, me demoro 4 años para empezar a cortar la primera fruta, entonces mucha gente pues no tiene de pronto ese músculo para esperar 4 años



*mientras se da una producción, entonces han migrado a cultivos como el arroz, han migrado a cultivos como el banano y desde la Federación, yo hago parte de la Junta directiva de Cenipalma también, hemos mirado ¿cómo vamos a poder incentivar eso? porque esta es una zona que necesitamos recuperar y, entonces Alfredo ha sido una situación crítica que nos ha golpeado desde el 2018, empezó a golpear, pero 2020, aunado con la pandemia, fue totalmente crítico.
(...)*

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

Testigo: *No, realmente yo llegué acá porque la problemática ya digamos había afectado a otras zonas, eso es una realidad que la Pudrición del cogollo ha estado en Colombia hace muchísimos años, una de las primeras plantaciones que se afectó fue en el Urabá hace más de 40 años, que devastaron toda esa zona, pero lo de Urabá era como 3.000 hectáreas, cuando era muy incipiente el negocio de la palma, después estuvo Tumaco, estuvo los Llanos, o sea ese es un tema que se ha conocido, pero digamos la zona norte por las condiciones específicas que tenía de clima y de condiciones agro climáticas distintas, hacían prever que iba a ser distinto. De hecho hoy en día en Colombia, pues con esto que yo les estoy narrando, pues uno diría bueno entonces la Pudrición del Cogollo es una limitante y no vamos a poder seguir cultivando palma porque tarde o temprano la Pudrición del Cogollo nos va a arrasar, no, ya hoy en día si ustedes miran, lo que yo les decía al principio de mis comentarios, Tumaco pues ya tiene 17.000 hectáreas, Puerto Wilches tiene 19.000 hectáreas, se han ido digamos recuperando, la dinámica se ha ido continuando, las labores que se hacían para el tema de Pudrición del Cogollo, pues el conocimiento del patógeno que se ha ido obteniendo por parte de la Cenipalma nos han llevado a que hay que darle un manejo diferente, es como si yo les digo a ustedes el COVID está superado, uno dice no, pero ya hemos ido aprendiendo a convivir con él; entonces eso es lo que está pasando ahorita con la Pudrición del Cogollo, lastimosamente es el símil ideal, sinceramente se los digo, es COVID y Pudrición del Cogollo; con Pudrición del Cogollo nos está pasando lo mismo, hemos ido aprendiendo a convivir pero esto es un tema de todos los días ir aprendiendo, todos los días ir mirando una cosa distinta, lastimosamente lo que pasa es que en el 2020 a nosotros nos cambió el chip cuando nos dijeron es el mismo patógeno pero mucho más agresivo, entonces el tema de drenajes que están haciendo no es suficiente, el tema de fertilización que están haciendo no es suficiente y entonces lo hemos ido mezclando hoy en día con, caso que se presenta caso que erradicamos, antes no, antes le hacíamos hasta 3 cirugías a una palma tratando de recuperarla por Pudrición del Cogollo, ya hoy en día sabemos que no, si no se va a recuperar eliminémosla que esa palma si la eliminamos se pierde la capacidad de que me enferme otras 20. Entonces son cosas que nos han ido llevando a ir conociendo el patógeno mucho más día a día, pero lastimosamente para este caso específico del Magdalena como tal, nos cogió aprendiendo.*

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

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



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

Testigo: Nosotros, como te digo llegamos a tener el 42% de cultivos afectados en el Magdalena, de las 110.000 hectáreas que tiene la región como tal, 65.000 eran del Magdalena y el 42% llegaron a estar afectadas y se perdieron 11.000 hectáreas; entonces, ahí está resumido el impacto de la enfermedad.

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

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

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

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

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

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

Siguiendo esa línea, el Despacho observa que, de conformidad con los elementos de prueba aportados por el Concesionario resulta dable establecer que la enfermedad de pudrición de cogollo ha afectado fuertemente las plantaciones de palma en la zona norte del país. Sin embargo, con meridiana claridad se advierte que dicha situación



adolesce de la condición de imprevisibilidad, toda vez que no se constituye en una novedad no solo frente al Contrato, sino frente al país, como quiera que, tanto del dictamen pericial aportado como del testimonio de Juan Carlos Lara, se establece que la misma fue identificada en Colombia desde hace más de 40 años, así como que dicha enfermedad ya había sido catalogada como epidemia crítica en otras zonas de producción. Sumado a lo anterior, es necesario resaltar que dicha enfermedad desde el año 2018 fue catalogada como epidémica en la zona norte, esto es, casi con dos años de anterioridad al Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020.

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

En la misma dirección, cabe recordar que el hecho constitutivo de fuerza mayor debe impedir la ejecución del Contrato, por ende, se impone resaltar el siguiente aparte en cuanto a la necesaria relación que debe existir entre el hecho constitutivo de fuerza mayor y la obligación:

“La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

*La fuerza mayor se produce, como se indicó, **cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados***²².

*La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista”*²³.
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

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

Así las cosas, a priori observa el Despacho que la enfermedad de pudrición de cogollo no guarda relación directa con la obligación reprochada como incumplida, pues el Contrato de Concesión se encuentra en fase de construcción, por tanto, para los años 2021 y 2022 la ejecución del plan de inversiones implicaba la compra y fabricación de obras civiles y la compra de equipos, mientras que el eventual impacto de lo alegado por el Concesionario repercutiría en un fase de operación, tal como se lee del oficio 20223030209701 del 15 de julio de 2022:

“De otra parte, no resulta claro el motivo por el cual se pretende justificar la suspensión del contrato en la enfermedad de PC, dado que la operación del terminal portuario se daría posterior a la terminación de la ejecución del plan de inversiones pactado en el Otro sí No. 2, aunado a que el producto del aceite de palma no es el único producto que se puede transportar conforme lo indicado en el Contrato de Concesión Portuaria No.003 de 2015, dado que se ha autorizado el transporte de hidrocarburos y otros gráneles líquidos y derivados del petróleo”.

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

²² Así lo señala Gastón Jeze cuando afirma que “Si hay simplemente dificultad, aunque sea grave o si para obtener la ejecución puntual se necesitan gastos mayores no hay fuerza mayor.”, Principios Generales del Derecho Administrativo; Buenos Aires; Editorial de Palma, 1950; tomo IV, pág. 296 (Original del fallo que se cita).

²³ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.



*“De esta forma, la imposibilidad o “impossibilitas” es la situación en la que se encuentra el deudor de una determinada obligación en la que no obstante haber desplegado la conducta que era esperable y le era exigible por el acreedor en los términos en los que se obligó, no le es posible ejecutar su prestación o satisfacer el interés de éste **por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable**, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía²⁴ y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo”²⁵. (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

En ese orden, es claro que el hecho alegado debería impedir o imposibilitar al Concesionario para ejecutar las inversiones del año 2021 y 2022, lo cual es precisamente lo que se extraña, pues como se anotó, no existe ninguna relación directa entre la enfermedad de pudrición de cogollo y las obligaciones de compra y fabricación de obras civiles y compra de equipos, con lo cual es claro que la argumentación del apoderado no se encuentra llamada a prosperar.

Apuntalado lo anterior, el Despacho observa que el modelo financiero adoptado a través del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020 no solo incorpora como tipo de carga el aceite de palma sino además hidrocarburos y/o combustibles derivados del petróleo, tal como se lee del oficio 20223030209701 del 15 de julio de 2022, así:

*Aunado a lo anterior, frente a la manifestación que indica que “la disminución de la producción de aceite de palma que tenían vocación de exportación por el puerto” que se “planeaba captar y movilizar por sus instalaciones”, ha afectado la ecuación financiera del proyecto, es necesario tener en cuenta que la operación del terminal portuario se daría posterior a la terminación de la ejecución del plan de inversiones pactado en el Otro sí No. 2, hecho que a la fecha no se ha surtido, pues como lo expresa la misma sociedad Portuaria Las Américas S.A. no se ha construido el puerto. **Así mismo, de acuerdo con lo previsto en el numeral 5.2. “Volumen y clase de carga” de la cláusula quinta del contrato de concesión portuaria, el aceite de palma no es el único producto que se puede transportar, dado que se ha autorizado el transporte de bases lubricantes, hidrocarburos y otros gránulos líquidos y derivados del petróleo**”.* (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

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

“Una persona no es digna de ser oída ni menos pretender el reconocimiento de un bien jurídico a partir de su conducta reprochable. Para la Corte, nadie puede presentarse a la justicia para pedir la protección de los derechos bajo la conciencia de que su comportamiento no está conforme al derecho y los fines que persigue la misma norma”. (...)²⁶

²⁴ Al respecto se ha señalado que “Las dificultades económicas se encuentran excluidas de plano como razón justificadora de la inexecución. El deudor no puede alegar en su defensa la penuria o la iliquidez en que se encuentra, aparte del motivo por el cual llegó a ese estado; y en lo que respecta a la excesiva onerosidad, habría de alegarla con miras a la reducción de su carga, de modo de que con el reequilibrio prestacional se mantenga en pie la relación contractual o, en su defecto, se proceda a la terminación de ésta” en Hinestroza Fernando en “Tratado de las Obligaciones, Concepto, Estructura, Vicisitudes”, Tomo I, Tercera Edición marzo de 2007, Ed. Universidad Externado de Colombia, Págs. 786 y 787.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T122 de 2017, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ



"... No hay duda de que quien alega su propia culpa para derivar de ella algún beneficio, falta a la buena fe entendida como la ausencia de dolo, la conciencia de que el comportamiento que se observa es conforme al derecho, y los fines que persigue están amparados por éste. Ahora bien: el artículo 83 de la Carta del 91, impone la buena fe como pauta de conducta debida, en todas las actuaciones, tanto de las autoridades públicas como de los particulares. Y los artículos 1525 y 1744 del Código Civil, tan anteriores en el tiempo a nuestra Constitución actual, constituyen sin embargo cabal desarrollo de ese principio al impedir -el primero- la repetición de lo que se ha pagado "por un objeto o causa ilícita a sabiendas", y el segundo al privar de la acción de nulidad al incapaz, a sus herederos o cesionarios, si aquél empleó dolo para inducir al acto o contrato. Ejemplar es también, en esa misma dirección, el artículo 156 del mismo estatuto, que impide al cónyuge culpable, invocar como causal de divorcio aquélla en que él mismo ha incurrido. Tales disposiciones, justo es anotarlo, eran reductibles inclusive a la Carta anterior que, no obstante, no consagraba explícitamente el deber de actuar de buena fe".²⁷

De contera, es evidente para esta Gerencia que, si bien es cierto la pudrición del cogollo implica una alteración en la producción de palma de aceite, no es menos cierto que no es una situación imprevisible, que no guarda ninguna relación con la obligación presuntamente incumplida, adicional a que el puerto no estaba diseñado únicamente para carga de aceite de palma, aunado a que la disminución de ese tipo de carga, por la referida enfermedad, termina en últimas siendo un riesgo comercial, el cual está a cargo del Concesionario.

Así las cosas, dicha situación no ostenta la virtualidad para excusar el incumplimiento de la obligación reprochada por parte del Concesionario, razón por la cual el Despacho evacuará desfavorablemente lo argüido por el profesional del derecho frente al particular.

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

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

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

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

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

²⁷ Corte Constitucional Sentencia No. C-083 del 01 de marzo de 1995



suministro son principalmente por el aumento de los costos de los fletes, por escasez de las unidades de transporte y los medios para transportarlos.

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

Análisis del Despacho

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

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

De conformidad con lo anterior, de entrada, se advierte que no obran en el expediente elementos de convicción en torno a acreditar situaciones particulares producto de los problemas en la cadena de suministro a nivel mundial, los bloqueos en puertos y el incremento de tarifas, que hayan impedido la ejecución de las obligaciones por parte del Concesionario. Por el contrario, se advierte en el plenario el memorando ANI 20233030051883 del 10 de abril de 2023 y sus anexos, a través del cual la Vicepresidente de Gestión Contractual, el Gerente de Proyectos Portuarios y la Gerente del GIT Financiero I, sostuvieron que según el reporte de inversión privada con corte al segundo semestre de 2022 remitido por el concesionario en el radicado No. 20234090043512 del 16 de enero de 2023, se evidencia que el concesionario no ha iniciado la ejecución del plan de Inversiones establecido en el Otrosí No.2 de 2020 al contrato de concesión No.003 de 2015.

Asimismo, en dicho documento se estableció lo siguiente:

“

AÑO/SEMESTRE	NÚMEROS DE RADICADOS CONCESIONARIO	NÚMERO DE MEMORANDOS DIRIGIDOS A LA VICEPRESIDENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	VALOR REPORTADO O ACUMULADO
<i>I Semestre de 2016</i>	<i>20164090655472 del 1/08/2016</i>	<i>20163080101433 del 19/08/2016</i>	<i>COP\$0</i>
<i>II Semestre de 2016</i>	<i>20174090044662 del 17/01/17</i>	<i>20173100011923 del 20/01/2017</i>	<i>COP\$0</i>
<i>I Semestre de 2017</i>	<i>Correo electrónico 26/07/17</i>	<i>20173100104153 del 26/07/2017</i>	<i>COP\$0</i>
<i>II Semestre de 2017</i>	<i>20184090023582 del 11/01/18</i>	<i>20183100025233 del 07/02/2018</i>	<i>COP\$0</i>
<i>I Semestre de 2018</i>	<i>Correo Electrónico de 31-08/18</i>	<i>20183080134323 del 5/09/2018</i>	<i>COP\$0</i>
<i>II Semestre de 2018</i>	<i>Correo electrónico</i>	<i>20193080023233 del 05/02/2019</i>	<i>COP\$0</i>
<i>I Semestre de 2019</i>	<i>Correo electrónico</i>	<i>20193080111443 del 26/07/2019</i>	<i>COP\$0</i>
<i>II Semestre de 2019</i>	<i>20204090049362 del 20/01/2020</i>	<i>20203080017383 del 23/01/2020</i>	<i>COP\$0</i>
<i>I Semestre de 2020</i>	<i>20204090640282 del 16/07/2020</i>	<i>20203080090043 del 18/07/2020</i>	<i>COP\$0</i>
<i>II Semestre de 2020</i>	<i>20214090034942 del 14/01/2021</i>	<i>20213080020993 del 26/01/2021</i>	<i>COP\$0</i>
<i>I Semestre de 2021</i>	<i>20214090763392 del 9/07/2021</i>	<i>20213080100033 del 16/07/2021</i>	<i>COP\$0</i>

AÑO/SEMESTRE	NÚMEROS DE RADICADOS CONCESIONARIO	NÚMERO DE MEMORANDOS DIRIGIDOS A LA VICEPRESIDENCIA ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA	VALOR REPORTADO O ACUMULADO
il Semestre de 2021	20224090227002 del 28/02/2022	20223080028033 del 3-02-2022	COP\$0
I Semestre de 2022	20224090227002 del 28/02/2022	20223080088703 del 19/07/2022	COP\$0
II Semestre de 2022	20234090043512 del 16/01/2023	20233080017753 del 03/02/2023	COP\$0

(...)

CONCEPTO DE LA INVERSIÓN	VALORES EN PESOS COLOMBIANOS (COP)		
	Inversión acumulada al anterior reporte (1)	Inversión en el Periodo Reportado (2)	Inversión acumulada (3) = (1) + (2)
1. INFRAESTRUCTURA EN SERVICIO (1.1+1.2)	\$0,00	\$0,00	\$0,00
1.1. Construcciones	\$0,00	\$0,00	\$0,00
1.2. Inmuebles por destinación	\$0,00	\$0,00	\$0,00
2. INFRAESTRUCTURA EN CONSTRUCCIÓN	\$0,00	\$0,00	\$0,00
3. PROPIEDAD, PLANTA Y EQUIPOS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
4. DRAGADOS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
5. SISTEMAS	\$0,00	\$0,00	\$0,00
TOTAL, INVERSIÓN (1+2+3+4+5)	\$0,00	\$0,00	\$0,00

En ese orden de ideas, se evidencia que la sociedad Portuaria Puerto de las Américas, a 31 de diciembre de 2022, no ha realizado acción alguna para el desarrollo del plan de inversión aprobado en el Otrosí No. 2 de 2020 (...)"

A partir de lo anterior, es claro que el Concesionario no ha realizado ningún tipo de inversión, por tanto, conviene preguntarse, cómo han afectado los problemas en la cadena de suministro a nivel mundial, los bloqueos en puertos y el incremento de tarifas, la ejecución del plan de inversiones para el año 2021 y 2022, máxime si se tiene en cuenta que el Concesionario debió realizar la compra y fabricación de obras civiles y la compra de equipos y no acreditó la celebración de ningún negocio jurídico en aras de dar cumplimiento a sus obligaciones.

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

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



si no se iniciaron esas inversiones, no podrían haberse afectado por las situaciones expuestas.

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

5.2.5 Hechos paralelos ilustrativos

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

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

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

Análisis del Despacho

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

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

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





del Contrato (22 de septiembre de 2015), sino que además, en todo caso fueron previas y por ende objeto de consideración de cara a la suscripción del Otrosí No. 002.

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

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

En tal orden se advierten los siguientes:

- Archivo PDF denominado "*7. Volúmenes (sic) movilizados por Tks de SPSM. 2017-2021.pdf*", que corresponde a un oficio fechado el 5 de noviembre de 2021 y dirigido al Gerente de la Sociedad Portuaria Las Américas, que tiene como referencia "*Volúmenes movilizados a través de la planta de tanques de gráneles líquidos de SPSM*", en el cual se incluyen los volúmenes de exportación e importación de graneles líquidos movilizados (aceite de palma y sus productos derivados) por la planta de tanques líquidos de la Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta.
- Archivo PDF denominado "*8. Auto de admision (sic) negociacion (sic) de emergencia CI Biocosta.pdf*", el cual contiene un Auto de admisión de un trámite de negociación de emergencia de un Acuerdo de Reorganización de la sociedad C.I. BIOCOSTA S.A., expedido por la Superintendencia de Sociedades el 7 de octubre de 2021 (Número de proceso 2021-INS-232).

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

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

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

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

5.3 ANÁLISIS DE LOS DESCARGOS RENDIDOS POR EL GARANTE



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

5.3.1 Inimputabilidad de la responsabilidad al Concesionario.

Sostiene que el presunto incumplimiento no resulta imputable al Concesionario, pues median causas extrañas que le han imposibilitado el cumplimiento de la obligación reprochada, como quiera en la época en la cual se debieron ejecutar las obligaciones se presentó el COVID-19 y sus efectos, el cual es un hecho notorio y por supuesto exonerador de responsabilidad. Añade que el Concesionario de manera juiciosa puso de presente las condiciones de imposibilidad de ejecutar el contrato tanto a la Supervisión como a la Entidad, con lo cual, mal haría la Entidad en sancionar.

Analizada la argumentación, salta a simple vista que la misma gira en torno a las mismas situaciones constitutivas de fuerza mayor alegadas por el Concesionario, por ende, teniendo en cuenta que ya fueron previamente evacuadas, no merece ningún tipo de pronunciamiento adicional por parte del Despacho, salvo para decir que el argumento no resulta de recibo.

5.3.2 Inexistencia del siniestro

Sostiene la apodera que se configura una ausencia de siniestro, pues el siniestro amparado por la compañía de seguros no se ha materializado, toda vez que los supuestos del presunto incumplimiento no resultan imputables al Concesionario.

Análisis del Despacho

De entrada, el Despacho observa que no le asiste razón a la apoderada toda vez que, tal como se concluyó en líneas anteriores, la situación de presunto incumplimiento sí resulta imputable al Concesionario, pues no solo no se ha ejecutado ninguna inversión, sino que además no existe ningún eximente de responsabilidad que le releve de dar cumplimiento a la obligación.

En ese orden, es claro que la afectación de la garantía se produce debido a la declaratoria de incumplimiento y la consecuente imposición de la multa establecida en el literal i) de la Cláusula 23 del contrato de concesión. Así, es menester realizar un repaso sobre las coberturas del amparo señalada en las condiciones de la póliza de cumplimiento No. 2574625 expedida por Liberty Seguros, así:

*“*** OBJETO DE LA POLIZA ****

GARANTIZAR EL PAGO DE LOS PREJUICIOS DERIVADOS DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL GARANTIZADO ORIGINADOS EN VIRTUD DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO NRO. 003 DE 2015 CUYO OBJETO ES (...)”

Asimismo, el Decreto 1082 de 2015 frente a los amparos que debe cubrir la garantía de cumplimiento señala:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:

(...)

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. **El pago del valor de las multas** y de la cláusula penal pecuniaria".
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo anterior, salta a simple vista que la garantía de cumplimiento contempla dentro de sus amparos el incumplimiento total o parcial de todas las obligaciones contractuales, entre las cuales, obviamente se encuentra la relacionada con la ejecución del plan de inversiones, lo cual, por sí solo, desarticula la argumentación vertida por la apoderada, pues como se anotó, la situación de presunto incumplimiento sí resulta imputable al Concesionario

En línea con lo anterior, la Corte Suprema de Justicia al respecto del alcance del amparo de cumplimiento precisó:

*"Concretamente, **en lo que concierne al denominado seguro de cumplimiento (...), es oportuno comenzar por acotar que se trata del compromiso adquirido por una compañía de seguros de indemnizar, a cambio de una suma de dinero llamada prima, los perjuicios que sufra una persona por razón del incumplimiento de las obligaciones derivadas de la ley o de un contrato. En consecuencia, en palabras de la Corte, el cometido de esta especie de seguro no es otro que el de 'garantizar el cumplimiento de la obligación, en forma tal que en el evento de la ocurrencia del riesgo, que consiste en el no cumplimiento -o en la eventualidad del incumplimiento del deudor, el asegurador toma a su cargo hasta por el monto de la suma asegurada, los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación afianzada'** (Sent. de marzo 15 de 1983) (Sent. de septiembre 21 de 2000, exp.: 6140). (sent. Cas. 2 de febrero de 2001, Exp. 5670)"²⁸*

De lo anterior, es evidente que la póliza de cumplimiento 2574625 expedida por Liberty Seguros fue otorgada al Concesionario precisamente con el fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión portuaria No. 003 de 2015, con lo cual, ante la declaratoria de incumplimiento, resulta indiscutible la afectación de la garantía.

De cabo, es claro que no le asiste la razón al Garante y por ende adolece de mérito su construcción argumentativa.

5.3.3 Compensación

Solicita la apoderada que, en caso de existir saldos a favor del Concesionario, debe darse aplicación a la figura de la compensación, la cual debe operar por ministerio de la Ley.

Al respecto resulta pertinente tener en cuenta que la compensación como un modo de extinguir las obligaciones, opera cuando dos personas son deudoras una de otra, y además opera por ley, por lo que no se requiere solicitar su aplicación.

Ahora bien, valga señalar que mientras la sanción de multa que se impone mediante el presente acto administrativo no esté ejecutoriada, no es posible hablar de compensación, en tanto aún no constituye una acreencia en favor de la ANI y en contra del concesionario.

Sin embargo, al analizar la procedencia de la compensación en el contrato que acá se trata, se encuentra que no sería aplicable la compensación, como se pasa a exponer.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que la naturaleza jurídica de la Concesión portuaria señalada desde la ley 1 de 1991, en su tenor literal consagra:

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de agosto de 2008, exp11001 31 03 016 1994 03216 01).





“Ley 1 de 1991 Artículo 5. DEFINICIONES. (...) 5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.”

Por su parte, sobre la compensación el Consejo de Estado ²⁹ha señalado lo siguiente:

“La compensación es un modo de extinguir las obligaciones que tiene por fin o por efecto evitar un doble pago, una doble entrega de capitales, extinguiéndose tales obligaciones hasta el monto de sus respectivos valores, (artículo 715 del Código Civil) cuando quiera que las partes intervinientes sean recíprocamente acreedoras y deudoras, produciéndose una especie de confusión de las obligaciones en relación con su objeto.”

De los elementos naturales del contrato de concesión portuaria contenidos en la definición transcrita, se colige que no existe pago alguno por contraprestación a favor del Concesionario que deba pagar la ANI y, por tal razón, no es procedente de modo alguno aplicar la compensación, para el pago de la sanción impuesta, derivada del incumplimiento contractual, toda vez que no existen sumas a cargo de la ANI y en favor del concesionario.

Así las cosas, no resulta procedente compensar la sanción a imponer, teniendo en cuenta que la ANI no funge como deudor de obligaciones dinerarias frente al Concesionario, y aún en el caso de que existieran pagos pendientes, este procedimiento administrativo sancionatorio contractual no es el escenario para hacer compensaciones contractuales.

Por ende, no encuentra este Despacho procedente la solicitud realizada por el apoderado de la aseguradora.

5.4 Declaratoria de Incumplimiento

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos presentados por las Partes logró desvirtuar el presunto incumplimiento endilgado al Concesionario, consistente en no cumplir con lo dispuesto en la obligación contenida en el numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula 5 del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre del 2020 del Contrato de Concesión Portuario No. 003 del 22 de septiembre de 2015, por no cumplir con el Plan de Inversiones años 2° y 3°, y siendo claro que por la naturaleza del Contrato y las obligaciones a cargo de las Partes, dicho incumplimiento le es imputable al Concesionario, en tanto no existen situaciones que lo justifiquen, el Despacho declarará el incumplimiento del Concesionario de dichas cláusulas, y a continuación pasará a pronunciarse sobre las consecuencias del mismo.

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

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

“(...) MULTAS

*EL CONCEDENTE podrá imponer multas al CONCESIONARIO en los siguientes eventos:
(...)*

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

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN CUARTA, Consejero Ponente: Dr. Daniel Manrique Guzmán, Ref.: Expediente 8817, Santafé de Bogotá, D.C., junio doce de mil novecientos noventa y ocho.

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

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

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

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

Para efectos de la cuantificación de la multa a Imponer, se han tomado en consideración el ejercicio de actualización del valor de la multa realizado por el GIT Financiero 1, a partir del valor de las inversiones dejadas de ejecutar en los periodos pactados contractualmente.

CÁLCULO DE LA MULTA

Para la tasación se tiene que el valor que dejó de ejecutar del Plan de Inversión correspondiente para el año 2021 al valor de **USD 9.293.638** y para el año 2022 el monto de **USD 846.695** dólares constantes diciembre 2015 de acuerdo con el cronograma del plan de inversión establecido en la Cláusula Quinta del Otrosí No.2 de 2020 al contrato No.003 de 2015, por lo anterior se realiza el cálculo y se obtiene lo siguiente:

- Año 2021**

DETALLE	TOTAL	CONVENCIÓN
Plan de Inversión en dólares Constantes diciembre 2015	USD 9.293.638	A
Inversiones ejecutadas en dólares Constantes diciembre 2015	-	B
Inversión que dejó de ejecutar en dólares Constantes diciembre 2015	USD 9.293.638	C= A-B
CPI DIC 2015	23 6,525	D
CPI MAYO 2023	30 4,127	E
Inversión que dejó de ejecutar actualizada	USD 11.949.884	F
Sanción 5%	5%	G
Sanción actualizada Inflación USA a mayo 2023	USD 597.494	H= F*G

Fuente: Construcción GITF 1 VGCON

- Año 2022**

DETALLE	TOTAL	CONVENCIÓN
Plan de Inversión en dólares Constantes diciembre 2015	USD 846.695	A
Inversiones ejecutadas en dólares Constantes diciembre 2015	-	B





DETALLE	TOTAL	CONVENCIÓN
Inversión que dejó de ejecutar en dólares Constantes diciembre 2015	USD 846.695	C= A-B
CPI DIC 2015	236,525	D
CPI MAYO 2023	304,127	E
Inversión que dejó de ejecutar actualizada	USD 1.088.692	F
Sanción 5%	5%	G
Sanción actualizada Inflación USA a mayo 2023	USD 54.435	H= F*G

Fuente: Construcción GIF 1 VGCON

Para realizar la actualización del valor a dólares de mayo 2023, se consultó el Consumer Price Index (CPI) publicado por el U.S. Bureau of Labor Statistics; tomando como base el índice de diciembre de 2015 (236,525) y el último reportado para el mes de mayo de 2023 (304,127) este factor de actualización se aplicó al valor de la inversión que dejó de ejecutar, y se multiplicó por el 5%, el resultado equivalente corresponde a USD 597.494 dólares de mayo de 2023 para el año 2021 y USD 54.435 dólares de mayo de 2023 para el año 2022 los cuales representan el valor de la multa a mayo de 2023 y deberán ser convertidos a la tasa representativa del mercado (TRM) de la fecha de pago.

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

Concepto	Valor en USD	Convención
Valor del contrato*	USD 797.712	A
CPI DIC 2015	236,525	B
CPI MAYO 2023	304,127	C
Factor de Indexación	1,286	
Valor del contrato actualizado	USD 1.025.709	D=A*(C/B)
Porcentaje de la multa	20%	E
Sanción Máxima (20% del valor del contrato)	USD 205.142	F= D*E

Fuente: Construcción GIF 1 VGCON

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

Por lo tanto, el monto máximo de multas ascendería a **DOSCIENTOS CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y DOS DÓLARES (USD 205.142)** dólares de mayo de 2023, que sería el monto total que las multas no podrán exceder.

En todo caso, el valor disponible para multar el presunto incumplimiento del plan de inversiones del año 2021 y 2022, corresponde al valor de **UDS 5.645** en dólares de mayo de 2023, como se muestra a continuación.

DETALLE	TOTAL	CONVENCIÓN
---------	-------	------------

		IÓN
Límite de multas	USD 205.142	A
Multa Incumplimiento Plan de Inversión año 1 Según Resoluciones Nos. 20227070015105 y 20237070001545	USD 199.496,60	B
Total, multa para el incumplimiento Plan de Inversión año 2 y 3	USD 5.645	C=A-B

Por lo tanto, si bien la multa ascendería a un valor máximo de **DOSCIENTOS CINCO MIL CIENTO CUARENTA Y DOS DÓLARES (USD 205.142)**, en virtud del límite copado a partir de la sanción impuesta en el expediente 20217070320700053E, el valor de la multa a imponer será por la suma de **CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO DOLARES (USD 5.645)**.

5.6 Sobre la póliza de cumplimiento y su afectación.

Con ocasión de la declaración de incumplimiento y su consecuente imposición de la multa, es procedente afectar la póliza de cumplimiento No. 2574625 expedida por Liberty Seguros S.A. para amparar el cumplimiento del Contrato de Concesión Portuario No. 003 de 2015, por el incumplimiento relacionado con el plan de inversiones para los años 2021 y 2022, que da lugar a la imposición de la multa, esto es la suma de **CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO DOLARES (USD 5.645)**.

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

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. NEGAR la solicitud de suspensión del presente procedimiento realizada por el Concesionario, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. RECHAZAR la incorporación de las siguientes pruebas documentales, de conformidad con lo expresado en la parte motiva de este acto administrativo:

- (i) El oficio SPLA 015-23 del 3 de marzo de 2023
- (ii) El oficio TER-027-23 del 31 de marzo de 2023.

ARTÍCULO TERCERO. DECLARAR el incumplimiento de la **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A.** identificada con NIT **900.364.519-7**, de las obligaciones contractuales contenidas en el numeral 40 de la cláusula 20 y la cláusula 5 del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre del 2020 del Contrato de Concesión Portuario No. 003 del 22 de septiembre de 2015, por no cumplir el plan de Inversiones del Contrato, años 2° y 3°, de conformidad con lo expuesto en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO. IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA prevista en el literal (i) de la Cláusula Vigésima Tercera del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, que corresponde a la suma de **CINCO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO DÓLARES (USD 5.645)**, de conformidad con lo indicado en la parte motiva, suma que deberá pagarse dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, a la TRM del día de pago.

El valor de la multa impuesta se deberá consignar en la Cuenta de Ahorros de Bancolombia número 18816489667 a nombre de la Agencia Nacional de





Infraestructura, con el NIT 830.125.996-9 y simultáneamente remitir copia de la consignación realizada a los correos institucionales contactenos@ani.gov.co y buzonjudicial@ani.gov.co, indicando número de la Resolución, concepto de la consignación, NIT, razón social y correo electrónico de quien consigna.

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

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

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

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, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia.

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **14-06-2023**

EDUARDO DURÁN MONTOYA

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

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