



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20237070014915



Fecha: 09-11-2023

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVEN LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INTERPUESTOS CONTRA LA RESOLUCIÓN 20237070007285 DEL 14 DE JUNIO DE 2023 QUE DECLARÓ EL INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A DE LAS OBLIGACIONES CONTEMPLADAS EN EL NUMERAL 40 DE LA CLÁUSULA 20, Y EN LA CLÁUSULA QUINTA DEL OTROSÍ No. 02 DEL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 003 DE 2015, 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, 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 de 25 de febrero de 2020, y con ocasión de lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, procede a resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución 20237070007285 del 14 de junio de 2023, mediante la cual se adoptó una decisión de fondo dentro de la actuación que se adelanta contra el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA LAS AMÉRICAS S.A.**, identificado con NIT 900.364.519-7, por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20, y en la Cláusula Quinta del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, incumplimiento relacionado con la no ejecución de las Inversiones correspondientes a los años 2 y 3 del Plan de Inversiones, y,

**CONSIDERANDO**

**I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS**

Que dentro del presente trámite sancionatorio fueron parte:

**EN CALIDAD DE INVESTIGADO**

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

**EN CALIDAD DE GARANTE DEL INVESTIGADO**

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



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

## II. **ACTO RECURRIDO**

El Gerente del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la Agencia Nacional de Infraestructura, profirió la Resolución No. 20237070007285 del 14 de junio de 2023, acto administrativo que declaró el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el numeral 40 de la Cláusula 20, y en la Cláusula 5 del Otrosí No. 02 del 30 de septiembre de 2020 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015, relacionado con la no ejecución de las Inversiones correspondientes a los años 2 y 3 del Plan de Inversiones y en consecuencia, impuso una multa y declaró la ocurrencia del siniestro, resolviendo lo siguiente:

### **“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 DOLARES (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](mailto:contactenos@ani.gov.co) y [buzonjudicial@ani.gov.co](mailto: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 resolutoria 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.*

Que la resolución No. 20237070007285 del 14 de junio de 2023 fue notificada en la audiencia realizada ese mismo día, fecha en la cual tanto el apoderado del Concesionario como el apoderado del Garante interpusieron recurso de reposición. Acto seguido se fijó como fecha para su sustentación el día 5 de julio del 2023.

Que, el 5 de julio de 2023, mediante conexión al aplicativo TEAMS de manera virtual, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual los apoderados del Concesionario y de la Aseguradora procedieron a sustentar los recursos de reposición interpuestos, presentando sus argumentos de disenso, y a su vez aportando y solicitando pruebas.

Que mediante Auto No. 20237070001896 del 1 de septiembre de 2023 se decidieron las solicitudes probatorias en sede del recurso, en el cual se incorporó y dio traslado de las pruebas aportadas por el Concesionario, se negó la prueba solicitada por el Garante, y a su vez se decretó de oficio una prueba.

Que la prueba decretada de oficio fue practicada mediante memorando ANI No. 20233030138303 del 14 de septiembre de 2023 proferido por el Gerente de Proyectos Portuarios y Fluviales de la Agencia.

Que el referido memorando fue incorporado y trasladado a la actuación a través del Auto No. 20237070002166 del 20 de septiembre de 2023 sin que ninguno de los apoderados realizara ninguna manifestación dentro del término de traslado.

### **III. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN**

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

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

##### **3.1.1. FUERZA MAYOR**

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

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

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

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





Añadió adicionalmente que los costos de construcción del proyecto se mantuvieron constantes durante 2017, 2018 y 2019, sin embargo, variaron drásticamente desde el año 2020, pues pasaron de USD 11.361.298,44 en el año 2016, a USD 11,743,662.70 en el rediseño y a USD 16.587.606,47 a febrero de 2022, destacando que tan solo en el último trimestre de 2020 el valor del acero estructural presentó un incremento del 91%. Asimismo, que para septiembre de 2020 fecha de suscripción del Otrosí las consecuencias del COVID-19 no eran conocidas, pues lo relacionado con la salud pública como las consecuencias de las restricciones y afectación a la economía nacional e internacional era especulativa confusa e incierta, la movilización de carga soportaba graves alteraciones, no se había encontrado la vacuna contra la enfermedad que brindara un horizonte claro de restablecimiento de normalidad en la dinámica de las actividades en general.

Enfatizó en que para Septiembre de 2020 (fecha en que se suscribió el Otrosí No. 2 con el que entre otros se modificó el diseño del puerto), a partir de las restricciones por la pandemia y todos los fenómenos asociados a la misma, la información en general tanto en lo relacionado con la salud pública como las consecuencias de las restricciones y afectación a la economía nacional e internacional era especulativa confusa e incierta, la movilización de carga soportaba graves alteraciones, no se había encontrado la vacuna contra la enfermedad que brindara un horizonte claro de restablecimiento de normalidad en la dinámica de las actividades en general, pero, simultáneamente, la sociedad Concesionaria soportaba la presión derivada de la condición consistente en que el contrato de concesión (firmado en el año 2015) no fue suspendido mientras se aprobaba el rediseño del puerto pedido desde el año 2016 (la aprobación se efectuó cuatro años después, en el año 2020), condición que implicaba que la vida útil del proyecto estaba siendo considerablemente afectada en forma negativa.

Agrega que, debido a lo anterior, el Concesionario optó por suscribir la modificación al contrato so pena de quedar obligado a la construcción del puerto en los términos concebidos en el año 2009 (aprobados en el 2015), mismo que, por las razones que sustentaron la modificación, correspondía a un proyecto que ya no satisfacía las necesidades que en materia de transporte de carga demandaba el sector productor de aceite de palma.

- **Reducción del volumen de producción por enfermedad de pudrición de cogollo.** Señala que, de los elementos de convicción aportados, entre ellos el testimonio de Juan Carlos Lara González, se tiene que, si bien la enfermedad de pudrición de cogollo se conoce en el país desde hace 30 años en una plantación pequeña ubicada en Urabá, la cual posteriormente se presentó en el año 2007 en plantaciones en Tumaco y en el año 2011 en Puerto Wilches, la aparición en 2018 de un nuevo patógeno resultó completamente imprevisible y diferente a todo lo antes visto, especialmente en la zona norte, con lo cual es claro que, si bien se conocía del fenómeno, sus consecuencias resultaron completamente desconocidas.

Resaltó que de la existencia de este nuevo patógeno solamente se conoció en el año 2020, el cual para el año 2021 había logrado afectar el 42% de la zona de palma en el Departamento del Magdalena, haciendo que un número importante de cultivadores tradicionales de palma de aceite hayan migrado a otro tipo de cultivos que les dieran rentabilidad en menor tiempo, pues la solución a esta problemática es la resiembra de la planta, lo cual demanda por lo menos 4 años de recuperación para la producción.

Añadió a modo de ilustración la situación vivida por CI Biocosta y la Sociedad Portuaria de Santa Marta al respecto de las condiciones del negocio de movilización de aceite de palma en virtud de la afectación por la enfermedad de pudrición de cogollo luego de la inversión de 12.000 millones de COP y que luego debió someterse al proceso de insolvencia debido a los bajos rendimientos, pues pasó de 175.930 toneladas movilizadas en 2018 a 53.097 toneladas a octubre de 2021, lo cual hace claramente inviable el negocio.

Por otro lado, en punto de soluciones alternativas a la problemática, señaló que para cubrir la deficiencia en la producción se podría acudir a la importación de aceite de palma con los proveedores naturales en la región que son Perú y Ecuador, sin embargo, ellos también están soportando el mismo fenómeno de la enfermedad de PC. De otra parte, las condiciones económicas de costos de transporte y aranceles al producto lo hacen inviable para ser importado desde Malasia e Indonesia que son los mayores productores en el mundo.

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

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

### **3.1.2 ACCIONES ENCAMINADAS AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

Al respecto, sostuvo el apoderado que actualmente existen acciones encaminadas al cumplimiento del contrato por parte del Concesionario, frente a lo cual explicó que no obstante las graves consecuencias que ha debido soportar el Concesionario con ocasión de los fenómenos expuestos, actualmente se encuentra en el propósito de honrar los compromisos contractuales a partir de lo cual se han adelantado acciones de cara a la ejecución del proyecto, tal como el cumplimiento de la sanción impuesta en el expediente 20217070320700053E, la propuesta de un acuerdo transaccional para replantear las condiciones de inversión del proyecto, el aviso a la ANLA el día 8 de mayo de 2023 del inicio de obra para el segundo semestre de 2023, así como la contratación y entrega de los diseños de ingeniería de detalle a la Agencia el 9 de junio de 2023 y diversas reuniones con empresas de ingeniería para la construcción del proyecto.

A partir de lo anterior, indica que las situaciones expuestas dan lugar a la concreción de condiciones de superación del presunto incumplimiento, resultando de suyo que el fin conminatorio de la actuación administrativa se ha logrado y debe darse aplicación al literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues esto es un claro mensaje para la Agencia de la voluntad del Concesionario de continuar con la ejecución del proyecto, evitando que la condición del Concesionario resulte más gravosa.

Finaliza resaltando que el incumplimiento cesa en el momento en que el Concesionario adelanta las gestiones necesarias para el cumplimiento del contrato, lo que efectivamente ha venido adelantando, pero la ejecución de las inversiones comprometidas queda contractualmente condicionada al desarrollo de las gestiones y aprobación por parte de la Agencia, trámite que no depende del Concesionario.

### **3.2. RECURSO DE REPOSICIÓN DE LIBERTY SEGUROS**

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

#### **3.2.1 LA SUPERACIÓN DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO.**

Al respecto, indico el apoderado que en la actuación se impuso como consecuencia una multa, la cual claramente ostenta un carácter conminatorio, fin que en el presente procedimiento administrativo ya se alcanzó, pues pese a las dificultades del Concesionario ya conocidas por la Agencia desde vieja data, el Concesionario cuenta con interés, la voluntad de dar cumplimiento y ha expuesto los caminos que va a tomar para superar dichas dificultades y alcanzar una correcta ejecución contractual. En ese orden, agrega que la sanción (multa) no cuenta con una base real y está llamada a



Documento firmado digitalmente





fracasar, pues la misma resulta innecesaria, en la medida en que es verificable la intención de cumplimiento del Concesionario, convirtiéndose en realidad en una dificultad más a un Concesionario que pretende cumplir.

Aunado a lo anterior, indica que el mecanismo conminatorio procede cuando se requiere adoptar medidas para forzar al Concesionario a cumplir en el evento en que este se encuentra reacio, lo cual no sucede en el caso concreto, pues actualmente el Concesionario pese a encontrarse aún sin el cumplimiento total de la obligación, sí cuenta con la voluntad y las acciones para ello, pese a las múltiples dificultades.

### **3.2.2 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM**

El profesional del derecho señala que el presente proceso no es el primero al que se cita al Contratista por los mismos hechos, así, advierte que el monto de la sanción impuesta en la resolución recurrida pareciera un complemento de la sanción impuesta en el expediente 20217070320700053E en aras de completar el valor límite de multas, situación que no opera de la manera en que pretende la Agencia, pues la litis resuelta en la primera de las actuaciones no puede ser objeto de adiciones o variaciones a través de un nuevo procedimiento administrativo sancionatorio fundamentado en los mismos hechos, como quiera que ello implica una violación al principio del *Non Bis In Idem*, toda vez que implicaría una doble sanción por los mismos hechos.

Añade que no es una gran concesión lo realizado por la Agencia en torno a la disminución del valor de la anterior multa impuesta, sino que en su lugar es un sin sentido imponer dos sanciones por los mismos hechos.

## **IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS**

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los apoderados del Concesionario y la Aseguradora, el Despacho debe resolver si existe mérito para reponer la resolución 20237070007285 del 14 de junio de 2023 que ha sido impugnada o, si, por el contrario, debe confirmarla.

### **4.1. EN CUANTO A LOS ARGUMENTOS DEL CONCESIONARIO:**

#### **4.1.1. FUERZA MAYOR**

Señaló el apoderado que de las pruebas recaudadas durante la actuación es claro que se han presentado circunstancias externas sobrevinientes constitutivas de fuerza mayor que inciden directamente en el contrato, las cuales se han presentado de forma paralela y se han agravado por los efectos del COVID-19, comprometiendo en forma drástica y negativa la viabilidad de la inversión e implicando el rompimiento del equilibrio económico del contrato con graves perjuicios al concesionario. Asimismo, que, a diferencia de lo sostenido por el Despacho, lo imprevisible o irresistible de los hechos constitutivos de fuerza mayor no son las causas de estos sino sus consecuencias, las cuales en el caso concreto resultan completamente irresistibles para el Concesionario.

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

Ahora bien, sea lo primero señalar que contrario a lo expuesto por el apoderado, el Despacho no abordó las situaciones que a su juicio constituían una fuerza mayor desde sus causas, sino desde sus consecuencias, pues en la decisión atacada al estudiar dicha figura se sostuvo:

*“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”.*

De igual manera, se hizo referencia al siguiente pronunciamiento del H. Consejo de Estado<sup>1</sup>, 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...”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En ese orden, a continuación el Despacho abordará cada uno de los fenómenos alegados como constitutivos de fuerza mayor.

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

Por tratarse de temáticas íntimamente relacionadas, en el presente acápite se abordarán los planteamientos del apoderado en torno al incremento de los costos de construcción y el incremento en la TRM del dólar.

En ese orden, sea lo primero recordar que tal como se expuso en la decisión discutida, de conformidad con los elementos de convicción documentales denominados “4. Grafico (sic) incremento de precios acero Colombia (La Republica Julio 6-2021).pdf”, “TO033-2022 SOC PORT las américas”, “6.TRM IMPACTO.pdf”, “TO034-2022 SOC PORT las américas”, “TO035-2022 SOC PORT las américas”, “2016 ConciseReport (Items traducidos).pdf”, “TO083-2022 TERLICA.pdf”, “TO084-2022 TERLICA.pdf” y “TO085-2022 TERLICA.pdf”, es claro para el Despacho que a través de estos se acreditó una variación mundial importante en el costo de los elementos necesarios para la construcción del Proyecto a partir de las restricciones generadas por el COVID-19, con lo cual su ejecución implica una mayor onerosidad para el Concesionario.

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

<sup>1</sup> 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.





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

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

No obstante lo anterior, advierte el Despacho que del recurso interpuesto no se observa un elemento de juicio nuevo que permita arribar a una decisión diferente, pues como se anotó en la decisión atacada, con la suscripción del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020<sup>2</sup> y el paso del tiempo desde la declaración del COVID-19 como emergencia sanitaria (12 de marzo de 2020), es claro que tanto el fenómeno del COVID 19 como sus consecuencias carecen de imprevisibilidad respecto del Concesionario, pues fueron tenidos en cuenta por este y la ANI para la suscripción del Otrosí No. 002.

En esa línea, sea del caso poner de relieve que aun cuando el apoderado indica que los costos de construcción del proyecto variaron pues pasaron de USD 11.361.298,44 en el año 2016 a USD 16.587.606,47 a febrero de 2022, es necesario poner de relieve que la comparación propuesta por el apoderado no resulta de recibo por las siguientes razones: (i) La revalidación del negocio jurídico a través del Otrosí No. 002 de 2020 se produjo el 30 de septiembre de 2020, fecha en la que se estableció que el plan de inversiones ascendía a USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015, con lo cual, es claro que la variación de mercado no afectó el costo de las inversiones en la proporción afirmada, sino en una mucho menor, pues el compromiso de inversiones del Concesionario no ascendió de USD 11.361.298,44 sino de USD 13.326.731, (ii) La fecha propuesta por el apoderado para realizar la comparación (febrero de 2022) no resulta ajustada frente a la exigibilidad de la obligación reprochada toda vez que, las inversiones debieron realizarse de enero 2021 a abril de 2022, siendo decisión del Concesionario no realizar las inversiones para la época en que se acordaron, (iii) Del testimonio del señor William Enrique Granados, se tiene que el modelo financiero del Otrosí No. 002 se trabajó con el acompañamiento de la Vicepresidencia Administrativa y Financiera de la ANI, teniéndose como referencia la TRM de los meses de julio y agosto de 2020, lo cual fundamenta que el valor del plan de inversiones haya aumentado no solo por el reajuste de las especificaciones técnicas del proyecto, sino porque para su estructuración se observaron las variaciones de mercado generadas por los efectos del COVID-19..

Aunado a lo anterior, es pertinente recordar en lo tocante al incremento del dólar que consultada la página web del Banco de la República de Colombia, se observa 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, tal como se observa en la decisión atacada, así:

*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:*

<sup>2</sup> Fue el instrumento por el cual las partes a partir de la solicitud del Concesionario, acordaron modificaciones respecto de la zona de uso público concesionada, las especificaciones técnicas del Proyecto, la prórroga en el plazo de la concesión por 10 años adicionales, así como un nuevo plan de inversiones por valor de USD 13.326.731 dólares constantes de diciembre de 2015 y un nuevo valor de contraprestación de USD 797.712 dólares constantes de diciembre de 2015.





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, (ii) Para el segundo cuatrimestre de 2021 el promedio de la TRM fue de \$3.783,43, (iii) Para el tercer cuatrimestre de 2021 el promedio de la TRM fue de \$3.865,29, (iv) Para el primer cuatrimestre de 2022 el promedio de la TRM fue de \$3.883,60, y (v) 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 años 2021 y 2022, cuyo incumplimiento hoy se reprocha, no estructuran las características del eximente de responsabilidad, pues si bien generó variaciones en el mercado, 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.

En este punto, vale la pena señalar lo manifestado por el Laudo Arbitral en el que se dirimieron las controversias jurídicas suscitadas entre SPRBN y la ANI, en lo que concierne al COVID 19 como justificación de un incumplimiento, así:

*“Aun cuando podría tenerse por demostrado en su espectro general, al ser un hecho ampliamente conocido, la innegable realidad que trajo consigo la pandemia y las dificultades que buena parte del sector productivo, incluido el portuario, tuvo que afrontar por efectos del COVID- 19, situación que además quedó acreditada del dicho de algunos de los declarantes y de las consideraciones generales que en este sentido se recopilaron de los dictámenes periciales, lo cierto, también, es que no encuentra el Tribunal que haya quedado acreditada de manera suficiente, explícita e irrefutable la alegada disminución de la carga -a parte del dicho de la propia concesionaria-,*



*y menos aún, como era menester, del efecto negativo que pudo tener frente a los ingresos percibidos, atribuibles a una u otro a los efectos de la pandemia; y, en cambio, el Tribunal encuentra razonable y admisible entender que existieron otros motivos, como también quedo acreditado a través las pruebas periciales, aportadas, que venían afectando de tiempo atrás -e incluso simultáneamente durante el tiempo de la pandemia- la participación de la SPRBUN en el mercado portuario y, por lo mismo, el volumen de carga por ésta transportado, con independencia de la órbita patrimonial -de la Contratante o del Concesionario- en la que deben asumirse los efectos económicos correspondientes”.*

Del laudo cabe resaltar que, aunque es suficientemente conocido el COVID 19 y las consecuencias generadas por este, en el marco de la ejecución de un contrato estatal, especialmente de cara a la exoneración del cumplimiento de las obligaciones de este, no basta con traer a colación la concreción de esa pandemia, sino que también es necesario que se acredite que el incumplimiento ha sido producto del COVID, evento que justamente se extraña en el caso sub examine.

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

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

*“Para el caso sub judice vale la pena concentrar la atención en la doctrina de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet” en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte - y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada.*

*En este sentido, la doctrina ha considerado que este reproche radica en el hecho de alzarse contra la buena fe objetiva, ya que “cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones”, nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, como arriba se vio, de modo tal que podría decirse, sin incurrir en equivoco alguno, que quien obra en sentido contrario a su actuar antecedente quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica (en este caso judicial), es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, en creces, el ámbito negocial siendo evidente su observancia también en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales<sup>3</sup> y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica”<sup>4</sup>.*

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

*“Pero no cualquier imposibilidad tiene la virtualidad de liberar al deudor o de extinguir la obligación a su cargo, pues la causa que dé lugar a esa situación debe ser: i) sobrevenida, es decir, que el deudor no tenga conocimiento o no hubiera podido prever su ocurrencia al momento de celebrar el contrato o negocio jurídico; ii) Definitiva, es decir, que sus efectos o consecuencias no puedan ser asumidos o*

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

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



*sorteados a través de otros mecanismos desde el inicio de la ejecución del contrato; iii) Objetiva, es decir, que no se ocasione por una mera dificultad subjetiva, personal o económica del deudor, sino que sea totalmente ajena a su voluntad y; iv) que sea imprevisible e inevitable para éste, es decir, que el deudor no haya podido contemplar su advenimiento previamente a su ocurrencia y que no haya sido posible evitar o menguar sus consecuencias o efectos”<sup>5</sup>*

De contera, es evidente para esta Gerencia que, si bien es cierto que existieron situaciones de variación en la TRM y de mercado que afectaron el costo total del proyecto, es necesario destacar que estas ya se observaban previo a la suscripción del Otrosí No. 002. Adicionalmente, se resalta que 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, con lo cual, alegar que el costo del proyecto a febrero de 2022 hace imposible su ejecución y pretender estructurar a partir de allí una circunstancia de fuerza mayor, resulta completamente desacertado, pues es claro que fue el Concesionario el único y directo responsable de no ejecutar las inversiones en el plazo acordado, resultándole imposible alegar a su favor la propia culpa.

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

En ese orden, tal como se anotó en la decisión objeto de censura, el numeral 4, artículo 32 de la Ley 80 de 1993, disciplina lo relacionado con los contratos de concesión, teniéndose por tal, aquel vínculo por medio del cual una entidad estatal, primera obligada a la prestación de un servicio público, confía la prestación de este a manera de delegación, a una persona -generalmente un particular- denominada concesionario, quien actúa en nombre y a riesgo propio en la operación, explotación, prestación, organización o gestión de un servicio público, bien sea de manera parcial o total. A raíz de la concesión que confía el Estado a un particular, este último debe soportar los riesgos que se le asignen contractualmente<sup>6</sup>.

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

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

*Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el CONCESIONARIO y*

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

<sup>6</sup> “En síntesis, en materia de asignación de riesgos el contrato de concesión portuaria sigue el lineamiento que caracteriza todos los contratos de concesión: la ejecución de la obra y/o la prestación del servicio se realizan por cuenta y riesgo del concesionario. Esto significa, principalmente, que **es el contratista quien asume los riesgos inherentes a la actividad que se le encarga, siempre que se trate de aleas previsibles y en la medida en que sea la parte que este en mejores condiciones de gestionar o administrar el riesgo, es decir, quien este en capacidad de adoptar medidas para evitar o mitigar su ocurrencia.** Estos criterios generales permiten establecer en cada caso y según la naturaleza del objeto del contrato, cuáles son las contingencias que puedan afectar el desarrollo del contrato y quien debe asumirlas”. Tribunal arbitral de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura SA Vs Agencia Nacional de Infraestructura. Laudo del 16 de febrero de 2022. Árbitros Arturo Solarte Rodríguez, José Alejandro Bonivento Fernández y Alier Eduardo Hernández Enríquez.

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”.

(...)

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

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

Así las cosas, salta a simple vista que desde la identificación y asignación de riesgos del Contrato se previó la posibilidad que dada la divisa en que fue pactado y las condiciones de mercado, se produjera una mayor o menor onerosidad para el Concesionario, con lo cual este último estuvo de acuerdo y asumió dicha situación voluntariamente, sin que en este momento le resulte dable desconocer el alcance de sus compromisos contractuales. Adicionalmente, se resalta que fue el Concesionario quien no ejecutó las inversiones en la época en que el Otrosí No. 002 así lo exigió,





debiendo por ende soportar la materialización de los riesgos por el retraso en las obras, tal como se dispuso en el literal l)<sup>7</sup> 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, por lo que no es necesario entrar a analizar el otro elemento, esto es el de la irresistibilidad.

Asimismo, aunque los efectos del COVID-19 produjeron variaciones del mercado de cara a la ejecución del plan de inversiones, que como se anotó no fueron imprevisibles para el vínculo, no debe dejarse de lado que el Concesionario asumió los efectos favorables o desfavorables de los riesgos que hoy alega y que fueron ratificados nuevamente con la firma del Otrosí No. 002<sup>8</sup> y que hoy no puede desconocer ni contradecir.

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

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

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

*“la conmutatividad del contrato estatal se edifica sobre la base del equilibrio, de la igualdad o equivalencia proporcional y objetiva de las prestaciones económicas y por consiguiente las condiciones existentes al momento de la presentación de la propuesta y de la celebración del contrato deben permanecer durante su ejecución, e incluso su liquidación, manteniéndose en estas etapas las obligaciones y derechos originales así como las contingencias y riesgos previsibles que asumieron las partes, de tal suerte que de llegar a surgir fenómenos que rompan el equilibrio que garantiza el legislador, debe de inmediato restablecerse.”<sup>9</sup>*

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

*“Bajo el anterior marco fáctico probado, la Sala considera que el Tribunal a quo erró cuando concluyó que se configuró el desequilibrio financiero alegado por la sociedad*

<sup>7</sup> “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.”

<sup>8</sup> En la cláusula décima tercera del Otrosí No. 002 las partes acordaron: “Las cláusulas y condiciones del contrato de concesión portuaria No. 003 de 2015, que no fueron objeto de modificación por el presente Otrosí, conservan plena y total vigencia y validez en los mismos términos del contrato de Concesión Portuaria y su Otrosí No. 1 de 2016.

<sup>9</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 22 de junio de 2011, expediente 18836.



actora, dado que, como atrás se explicó tanto la teoría del hecho del príncipe como la de **la imprevisión, exigen que se acrediten ciertos presupuestos comunes: primero, que la medida o hecho que las origina sea imprevisto, esto es, que al momento de la celebración del contrato no se pudiera prever la ocurrencia del suceso que afecta la economía del contrato; y segundo, que a una de las partes del contrato le representó una mayor onerosidad de la calculada y el tener que asumir cargas excesivas, exageradas, que no está obligada a soportar, es decir, la demostración de la alteración extraordinaria y anormal en la economía del contrato**<sup>10</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En línea con lo anterior, la misma Corporación sostuvo:

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

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

Sin embargo, **debe recordarse que en todos estos eventos que pueden dar lugar a una alteración del equilibrio económico del contrato es indispensable, para que se abra paso el restablecimiento, la prueba del menoscabo y de que este es grave y que además no corresponde a un riesgo propio de la actividad que deba ser asumido por una de las partes contractuales.**<sup>11</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto).

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

*“Por otra parte, tal como lo ha sostenido esta Subsección, las causas del desequilibrio económico se configuran con independencia de que el contrato haya sido debidamente planeado y de que las partes se encuentren cumpliendo las obligaciones, **el desequilibrio obedece a hechos imprevistos o previsibles pero superiores a los riesgos asignados, que generan la ruptura de la ecuación económica que se definió al momento de la celebración del contrato.**”<sup>12</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

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

*“En relación con la restauración del equilibrio económico del contrato, **la Sala nuevamente resalta que la modificación debe obedecer solamente a circunstancias no previsibles, extraordinarias y no imputables al contratista.** Así lo exige el artículo 27 de la ley 80, según el cual el restablecimiento del equilibrio solamente es posible cuando la ruptura proviene de causas no imputables a quien resulta afectado. En el mismo sentido, **es necesario destacar la sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 22 de julio de 2009, en la que se precisó además que no debe tratarse de riesgos que hayan sido expresamente asumidos por el contratista.**”<sup>13</sup> (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Apuntalado lo anterior, es claro que el desequilibrio económico del contrato no se produce por una mera mayor onerosidad en la ejecución del contrato, sino que demanda cargas excesivas y exageradas a una de las partes a partir de hechos

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de junio de 2012, expediente 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990), C.P RUTH STELLA CORREA PALACIO

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 23 de octubre de 2017, expediente 15001-23-33-000-2013-00526-01(55855), C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 8 de mayo de 2019, expediente 25000-23-36-000-2013-02029-01(59309), C.P MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

<sup>13</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-300 de 2012, MP. JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB



imprevisibles o previsibles pero superiores a los estimados, así como que NO emane de un riesgo asumido por la parte que lo alega.

En ese orden, los anteriores requisitos son los que precisamente se extrañan en el caso bajo estudio, toda vez que: (i) El Concesionario desde la firma del contrato asumió los efectos favorables o desfavorables derivados de los riesgos ocasionados en virtud de la devaluación/revaluación real del Peso frente al Dólar, la evolución de la inflación real del Peso y del Dólar, las variaciones en los precios de mercado de los insumos necesarios para adelantar las Obras, incluido el valor de los equipos, sistemas y programas requeridos de conformidad con las Especificaciones Técnicas de Diseño y Construcción y en el Contrato de Concesión, y los retrasos en las obras, (ii) La variación de la TRM y el incremento de los costos de materiales de construcción fueron riesgos asumidos, revalidados y tenidos en cuenta por el Concesionario para la estructuración del Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, (iii) El Concesionario pretende alegar el desequilibrio económico del contrato cuando por voluntad propia decidió no ejecutar las inversiones en el plazo acordado (enero de 2021 a abril de 2022), periodo en el cual la TRM le resultaba más favorable de la prevista en el Otrosí No. 002, (iv) El incremento en el costo de las inversiones no asciende a la proporción señalada por el apoderado ni mucho menos resulta imprevisible, toda vez que el valor real del proyecto fue el plasmado en el Otrosí No. 002 de 2020, para el cual, según el plenario, se tuvo en cuenta el comportamiento de la TRM y de los costos de mercado a esa fecha, ya alterados por el COVID-19.

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

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

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

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

*La fuerza mayor se produce, como se indicó, **cuando el hecho exógeno** a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, **se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.**”<sup>14</sup>*

*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”<sup>15</sup>.*  
(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 este 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.

<sup>14</sup> 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).

<sup>15</sup> Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 11 de septiembre de 2003, Expediente: 14.781.



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 la 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:

*“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 este **por causa o con ocasión de un acontecimiento u obstáculo de carácter absoluto e insuperable**, que es totalmente ajeno a su voluntad y economía<sup>16</sup> y que tiene la virtualidad de liberarlo o de extinguir la obligación a su cargo.”<sup>17</sup> (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.

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

De conformidad con lo expuesto en la decisión objeto de censura, de las documentales “5. SITUACIÓN FITOSANITARIA ENFERMEDAD PC IMPACTO EN PRODUCCION DE AC DE PALMA.pdf” y “SITUACIÓN PC ZONA NORTE NOV 20 2021.pdf”, “INFORME GIRA ZONA NORTE MESA PC JD 20211108.pdf”, “DAABON 2022 informe revisado y firmado”, “RESPUESTA ANI.pdf”, “CÁMARA Y COMERCIO DE CENIPALMA 07-05-22.pdf”, y “Resolución 1538-2019 reconocimiento de Colciencias.pdf”, el Despacho encuentra acreditado lo siguiente: (i) La 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

<sup>16</sup> 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.

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, radicado: 25000-23-36-000-2013-01717-01(54614), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa





*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.”.*

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

De contera, observa el Despacho que, de conformidad con los elementos de prueba aportados por el Concesionario, resulta dable establecer que la enfermedad de pudrición de cogollo ha afectado fuertemente las plantaciones de palma en la zona norte del país. Sin embargo, tal como se anunció inicialmente y como se dejó plasmado en la Resolución recurrida, no existe una relación de imposibilidad entre dicha enfermedad de pudrición del cogollo y la obligación de compra y fabricación de obras civiles a cargo del Concesionario, pues se pregunta el Despacho, ¿cómo puede la enfermedad de pudrición de cogollo, lo cual afecta la carga movilizada en el puerto, imposibilitar al Concesionario para realizar las obras y compras que contractualmente debía realizar incluso antes de empezar a recibir ingresos por la carga movilizada en el puerto?, obteniendo como respuesta que efectivamente, no hay ninguna relación de conexidad entre la obligación reprochada y el hecho alegado.

Aunado a lo anterior, es necesario destacar que la enfermedad desde el año 2018 fue catalogada como epidémica en la zona norte, esto es, casi con dos años de anterioridad al Otrosí No. 002 del 30 de septiembre de 2020, adicional a que fue en el mismo 2020 donde se identificó que el patógeno era más agresivo. Asimismo, nótese que, de conformidad con los elementos de convicción, la producción de aceite de palma previó un incremento paulatino desde el año 2022, época en la cual el Concesionario debía haber finalizado las inversiones para dar inicio de la fase de operación.

Ahora bien, en lo que concierne a la situación vivida por CI BIOCOSTA y la Sociedad Portuaria de Santa Marta, advierte el Despacho que no se aporta ningún elemento nuevo frente a la argumentación resuelta en la decisión discutida, por lo que un análisis de las documentales “7. Volúmenes (sic) movilizados por Tks de SPSM. 2017-2021.pdf”, “Volúmenes movilizados a través de la planta de tanques de gráneles líquidos de SPSM”, y “8. Auto de admision (sic) negociacion (sic) de emergencia CI Biocosta.pdf”, permite arribar a la misma conclusión, esto es, que las situaciones en las que se han visto envueltas la Sociedad Portuaria Puerto de Santa Marta y La sociedad C.I. BIOCOSTA S.A no guardan relación directa con la Sociedad Portuaria Terminal de las Américas, así como que aquellas no resultan en ningún caso equiparables, toda vez que se encuentran en operación, mientras que el Concesionario no ha dado inicio a la fase de construcción.



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

*“Sobre este punto, llama la atención que el concesionario en el marco del proceso de modificación del contrato de concesión hizo entrega del Modelo Financiero donde se encuentra el cronograma detallado de las inversiones a ejecutar a través de comunicación No. 2020-409-059320-2 de fecha 7 de julio de 2020, en el que se observa que el puerto proyectó manejar dos tipos de carga: granel líquido e hidrocarburos, evidenciando en el modelo financiero que la carga de hidrocarburos se proyecta a comenzar su movilización a partir del año 2023, creciendo a una tasa del 7% anual hasta una capacidad máxima de 131.275 toneladas, que se alcanzarán en el año 2038. En cuanto al granel líquido, compuesto principalmente por aceite de palma, el Concesionario proyectó una carga inicial para el año 2022, de 446.000 toneladas y con un crecimiento anual de 7% hasta un máximo en el año 2025 con una movilización de 489.124,18 toneladas, disminuyendo posteriormente. Tal como se evidencia la movilización de granel líquido (aceite de palma) fue proyectada que iniciaría desde el año 2022 por lo tanto actualmente la enfermedad Pudrición del Cogollo (PC) no afecta dicha movilización.*

*Adicionalmente se evidencia que la disminución de granel líquido se compenso en el Otrosí No. 2 de 2020 con un aumento año a año de la capacidad de movilización de hidrocarburos, manteniendo así una capacidad máxima de 418.725 tonelada a 550.000 toneladas año, argumentado por el concesionario en virtud a la “nueva infraestructura que moderniza el cargue en cuanto a velocidades de la misma que nos lleva a una mayor rotación y por ende aumentar la capacidad”. Para los años 2022 y 2046, las cargas proyectadas corresponden a una fracción del año, para 2022 se tiene en cuenta que se comienza a movilizar carga después de terminar las inversiones (por lo tanto, si no se inicia la ejecución del Plan de Inversiones no se tendrá la infraestructura Portuaria que garantice la operación del terminal portuario) y para 2046 se tiene en cuenta el momento en que se termina la Concesión (14/04/2046).  
(...)*

*Como se puede observar el contrato de concesión está habilitada para manejar diferentes tipos de graneles líquidos tales como el aceite de palma, crudo, e hidrocarburos derivados del petróleo, los cuales y de acuerdo con lo descrito en el Contrato y sus otrosíes se manejarán por ductos diferentes”.*

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

En ese orden, es claro que lo expuesto por el apoderado no ostenta el mérito suficiente para constituirse como un eximente de responsabilidad para que el Concesionario pueda eximirse de su responsabilidad por el incumplimiento a su obligación de ejecutar el plan de Inversiones de los años 2 y 3.

#### **4.1.2 ACCIONES ENCAMINADAS AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO**

Tras realizar un análisis de lo expuesto por el apoderado, con total claridad se observa que en el acápite se refieren todas aquellas gestiones adelantadas por el Contratista en 2023 a efectos de iniciar el cumplimiento de la obligación de ejecutar el plan de



inversiones, razón por la cual, de allí deriva la voluntad de cumplimiento y por ende la necesidad de dar aplicación al literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esto es, cerrar la actuación administrativa sancionatoria.

Con el fin de desatar la argumentación, sea lo primero resaltar que la naturaleza del presente procedimiento es conminatoria, así, aun cuando existan indicios de voluntad al cumplimiento, si la obligación que se indica como incumplida se encuentra pendiente, bajo ningún escenario resulta dable dar por terminada la actuación, máxime cuando el 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.

Al respecto de la multa como sanción contractual resulta del caso poner de presente los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado, así:

**“(iii) Se prevé que sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constriñendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo.”<sup>18</sup>**

En una línea similar, en respuesta a la consulta formulada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado se refirió en los siguientes términos:

**“La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración.”<sup>19</sup>**  
(Subrayado y negrilla fuera de texto)

Finalmente, reiterando la línea expuesta, la misma Corporación a través de la Subsección C de la Sección Tercera sostuvo:

**“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.**

**Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”<sup>20</sup>** (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De conformidad con lo anterior, resulta perfectamente dable para el Despacho sostener que las multas en contratación estatal son un tipo de sanción previsto para apremiar al contratista siempre que la obligación se encuentre en mora o retardo, es decir, pendiente de cumplimiento.

En ese orden, advierte el Despacho que del mismo dicho del apoderado, más allá de los trámites o gestiones adelantadas por el Concesionario, (contrataciones, pagos,

<sup>18</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 17.936. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

<sup>19</sup> Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 29 de noviembre de 2020, exp. 2040, CP William Zambrano Cetina

<sup>20</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, Sentencia del 10 de Septiembre de 2014, exp. 28875, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



reuniones y entregas de información), las cuales aportó con los documentos “SPLA - ANI- remisión informe avances para construcción”, “Documentos SPLA”, “INTERCOASTAL MARINE INC-Brochure-2019”, “SPLA etapa construcción”, a la fecha la ejecución del plan de inversiones de los años 2 y 3 no se ha adelantado, tal como se evidencia del memorando 20233030138303 del 14 de septiembre de 2023, así:

*“Posteriormente, Sociedad Portuaria Las Américas emite respuesta a la solicitud de reportar información hecha por la Agencia, remitiendo mediante correo electrónico del 19 de julio 2023, los formatos GCSP-F-011, 044 y anexo en dólares, diligenciados y firmados por el Representante Legal, Contador Público y Revisor Fiscal; en ellos se informó que **NO se ejecutaron inversiones en las zonas de uso público concesionadas, el periodo reportado fue del 1 de enero al 30 de junio de 2023.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Asimismo, al respecto de las condiciones de ejecución del contrato el mismo documento señaló:

*“A la fecha, el Concesionario no ha presentado formalmente propuesta o solicitud de modificación a las condiciones del Contrato de concesión portuaria No.003 de 2015, en los términos del artículo 173 de la Ley 1 de 1991 y el Instructivo institucional “Metodología para modificación de concesiones Portuarias”, que pueda materializar alguna alternativa tendiente a dar cumplimiento a cada una de las obligaciones que a la fecha se encuentran presuntamente incumplidas, y por lo tanto las obligaciones contractuales establecidas 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, actualmente resultan completamente exigibles al Concesionario en el marco de la ejecución del mencionado Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2015.*

*Con fundamento en todo lo anteriormente expuesto, **no se encuentra cambio alguno frente al avance en la ejecución del plan de inversiones contractual, por lo que a la fecha del presente informe en la zona de uso público otorgada en concesión a Sociedad Portuaria las Américas, no se ha adelantado avance alguno en la construcción de infraestructura portuaria ni en la instalación de equipos conforme a los compromisos pactados en el plan de inversión del mencionado Contrato de concesión portuaria 003 de 2015.**” (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

A partir de lo anterior, sin mayor elucubración resulta dable sostener que no solo la obligación se mantiene incólume sino que además se encuentra pendiente de cumplimiento, razón por la cual la confirmación de la sanción impuesta se torna totalmente procedente.

Finalmente, en lo tocante a que debe darse aplicación al literal d) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, considera el Despacho pertinente realizar un recuento del contenido normativo de dicha disposición, así:

*“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)*

De lo anterior, es claro que la terminación del proceso se dará siempre que se tenga conocimiento de la cesación de presunto incumplimiento, por ende, en línea con lo sostenido en párrafos anteriores, al encontrarse la obligación pendiente, bajo ningún escenario resulta dable dar por terminada la actuación, pues no basta la mera voluntad del Concesionario de continuar con la ejecución del proyecto, sino que debe producirse el resultado pactado.



Finalmente, en lo tocante a que la ejecución de las inversiones queda contractualmente condicionada al desarrollo de las gestiones y aprobación por parte de la Agencia, trámite que no depende del Concesionario, es necesario señalar que si bien en su argumentación el apoderado refiere el desarrollo de algunas actividades previas para la ejecución de inversiones, también referencia una propuesta de modificación contractual, sin embargo, de conformidad con el memorando ANI 20233030138303 del 14 de septiembre de 2023, el Gerente del GIT proyectos portuarios y fluviales informó que el Concesionario no ha presentado formalmente propuesta o solicitud de modificación del contrato en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991 y el Instructivo institucional “Metodología para modificación de concesiones Portuarias”, con lo cual, es claro para este Despacho que actualmente las obligaciones resultan exigibles sin que medien situaciones que le releven del cumplimiento obligacional.

Por las razones indicadas no se acogerá ninguno de los argumentos de disenso planteados por el Concesionario a través de su apoderado.

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

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

##### **4.2.1 LA SUPERACIÓN DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO.**

Una vez analizada la argumentación del apoderado, es claro para este Despacho que la misma se cimenta en las mismas bases propuestas por el Concesionario en el numeral “4.1.2 ACCIONES ENCAMINADAS AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO”, razón por la cual esta Gerencia se estará a lo allí resuelto.

##### **3.2.2 VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DEL NON BIS IN IDEM**

El profesional del Derecho señaló que con la presente actuación se produce la vulneración del debido proceso, más precisamente del principio del *non bis in ídem* de origen constitucional (Art. 29 C.P), según el cual nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho, como quiera que el monto de la sanción impuesta en la resolución recurrida pareciera un complemento de la sanción impuesta en el expediente 20217070320700053E en aras de completar el valor límite de multas, pues ello implica una doble sanción por los mismos hechos.

En ese orden, con el fin de abordar la argumentación, este Despacho considera oportuno traer a colación lo preceptuado por la Ley 1437 de 2011 en torno a los principios que deben gobernar las actuaciones administrativas, así:

“(…)

**Artículo 3. Principios.** *Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*

*Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*

*1. En virtud del principio del debido proceso, las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.*

*En materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio in pejus y non bis in ídem.  
(…)” (Subrayas del Despacho)*



En los términos del artículo antes transcrito se advierte que las actuaciones administrativas, dentro de las cuales se encuentran las sancionatorias, se rigen por diferentes principios de los cuales se destaca el del debido proceso.

Respecto del debido proceso la Corte Constitucional lo ha definido como “(...) “(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal”. (...)”.<sup>21</sup>

Dentro de tales condiciones o garantías, la Corte Constitucional ha precisado que se encuentra la del *non bis in ídem*, así:

“(...)

*El principio non bis in ídem está incluido en el conjunto de disposiciones que hacen parte del derecho fundamental al debido proceso. Como se observó anteriormente, el artículo 29 establece: “Quien sea sindicado tiene el derecho (...) a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. (...)*

*En resumen, el principio analizado hace parte de las garantías a las que tiene derecho el sindicado, en sentido amplio, por procesos disciplinarios. Así, una persona no puede ser juzgada disciplinariamente dos veces por los mismos hechos contrarios al régimen disciplinario. (...)*

*4.2.2.2. De otra parte, observa la Corte que, de acuerdo a la disposición constitucional bajo análisis, no ser juzgado dos veces por el mismo hecho es un “derecho”. De acuerdo a los criterios jurisprudenciales reiterados por esta Corte, este derecho es fundamental y de aplicación directa e inmediata.*

*La función de este derecho, conocido como el principio non bis in ídem, es la de evitar que el Estado, con todos los recursos y poderes a su disposición, trate varias veces, si fracasó en su primer intento, de castigar a una persona por la conducta por él realizada, lo cual colocaría a dicha persona en la situación intolerable e injusta de vivir en un estado continuo e indefinido de ansiedad e inseguridad. Por eso, este principio no se circunscribe a preservar la cosa juzgada sino que impide que las leyes permitan, o que las autoridades busquen por los medios a su alcance, que una persona sea colocada en la situación descrita. De ahí que la Constitución prohíba que un individuo sea “juzgado dos veces por el mismo hecho.” (...)*

*4.2.2.3. Adicionalmente, la Corte constata que el constituyente colombiano prefirió una consagración del principio non bis in ídem según la cual la prohibición no está dirigida exclusivamente a una doble sanción. La prohibición se dirige a ser “juzgado” dos veces. Considera la Corte, que lo anterior se ajusta a los fundamentos del principio non bis in ídem ya que la seguridad jurídica y la justicia material se verían afectadas, no sólo en razón de una doble sanción, sino por el hecho de tener una persona que soportar juicios sucesivos por el mismo hecho. El principio non bis in ídem prohíbe que después de que ha terminado conforme a derecho un juicio, posteriormente se abra investigación por el mismo “hecho” dentro de la misma jurisdicción. De tal manera que la expresión “juzgado” comprende las diferentes etapas del proceso de juzgamiento, no sólo la final.*

*Ahora bien, la Corte pone de presente que el principio non bis in ídem no se circunscribe únicamente al tenor literal de la norma pues sus finalidades incluyen tanto la prohibición de un eventual doble juzgamiento como la de una doble sanción por el mismo hecho. Esta posición es acorde con los fundamentos del principio non bis in ídem, ya que la seguridad jurídica y la justicia material se ven igual o más afectados cuando un individuo es sancionado dos veces por el mismo hecho. (...)”<sup>22</sup> (Subrayas del Despacho)*

<sup>21</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T - 010 del 20 de enero de 2017. M.P.: Alberto Rojas Ríos.

<sup>22</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 870 del 15 de octubre de 2002. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.



En este mismo sentido, la aludida Corporación judicial también ha reiterado lo siguiente:

“(…)

*Este principio, al que la jurisprudencia de esta Corporación destaca también como la prohibición de doble incriminación, impide de manera general que una persona sea imputada, investigada, juzgada y sancionada por las mismas razones en diversas oportunidades. También prohíbe a las autoridades actuar en consecuencia. Esta garantía está consagrada en el artículo 8° de la Ley 599 de 2000.*  
(…)

44. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, visto desde una perspectiva amplia, el principio de non bis in ídem involucra varias hipótesis:

“i) nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación. ii) De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración. iii) Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada. iv) Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición, y v) nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único”<sup>23</sup>. (Subrayas del Despacho)

Igualmente, tal y como lo señala el aparte jurisprudencial previamente transcrito, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado lo siguiente sobre el principio mencionado:

“(…)

*En ese orden el artículo 29 de la Constitución prevé el derecho de toda persona a no ser juzgada dos veces por el mismo hecho, mientras que los artículos 8° del Código Penal y 19 de la Ley 600 de 2000, contemplan el principio de prohibición de doble incriminación y el respeto de la cosa juzgada como valores que regentan el proceso penal e imponen, en consecuencia, que a nadie se le puede imputar en más de una oportunidad la misma conducta punible, ni que, a la persona cuya situación jurídica se le haya definido por sentencia ejecutoriada o decisión con el mismo efecto vinculante, se le puede someter a una nueva actuación por igual conducta.*  
(…)

Y la jurisprudencia de la Sala (Sentencia del 26 de marzo de 2007, Rad. 25629):

“Esta genérica expresión latina (Non bis in ídem) ...comprende varias hipótesis.

Una. Nadie puede ser investigado o perseguido dos o más veces por el mismo hecho, por un mismo o por diferentes funcionarios. Se le suele decir principio de prohibición de doble o múltiple incriminación.

*Dos. De una misma circunstancia no se pueden extractar dos o más consecuencias en contra del procesado o condenado. Se le conoce como prohibición de la doble o múltiple valoración.*

*Tres. Ejecutoriada una sentencia dictada respecto de una persona, ésta no puede ser juzgada de nuevo por el mismo hecho que dio lugar al primer fallo. Es, en estricto sentido, el principio de cosa juzgada.*

*Cuatro. Impuesta a una persona la sanción que le corresponda por la comisión de una conducta delictiva, después no se le puede someter a pena por ese mismo comportamiento. Es el principio de prohibición de doble o múltiple punición.*

Cinco. Nadie puede ser perseguido, investigado, juzgado ni sancionado pluralmente por un hecho que en estricto sentido es único. Se le denomina non bis in ídem material.”<sup>24</sup>  
(…)” (Subrayas del Despacho)

<sup>23</sup> COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C - 163 del 27 de mayo de 2021. M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado.



Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia explica el alcance del principio al que se ha venido haciendo referencia, así:

(...)

*El non bis in ídem participa de la naturaleza de principio y garantía, constituye un derecho fundamental, a través suyo se impone como mandato una única persecución, se prohíbe investigar, juzgar y condenar más de una vez por la misma conducta delictiva o circunstancia delictual o postdelictual o hecho que incida en la responsabilidad o la pena, según el caso.*

*La restricción es sustancial, como por ejemplo cuando hay duplicidad de responsabilidad o de sanción, pero también es de carácter procesal, pues dos procesos no pueden tener un mismo objeto o idéntica conducta o circunstancia modificadora de la tipicidad o de la sanción. La prohibición no se hace extensiva en el caso del concurso de delitos, ni de procedimientos de conocimiento de diferentes autoridades, evento éste que se presenta cuando el mismo hecho genera acciones penales, disciplinarias o fiscales, estos procedimientos tienen objeto, finalidad y sanción diferente a la acción penal.*

*Los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, debido proceso y seguridad jurídica están vinculados con la prohibición de duplicar los procesos o las penas cuando existe identidad fáctica, cualquiera sea el estado de la actuación penal, bien sea que estén en curso o que hayan culminado con absolución, condena o preclusión, sin dejar de considerar que en ocasiones la garantía del non bis in ídem se quebranta también por una doble circunstancia que intensifique la pena respecto de una única infracción penal.*

*No se vulnera la garantía, a decir de la Corte Constitucional en la sentencia C- 544 de 2001, cuando los hechos «sean apreciados desde perspectivas distintas».*

*Si el fin último del derecho penal es la justicia y a través de ella se impone la supremacía del trato humano y dignificante, no se puede tolerar ninguna forma que desdiga del propósito del derecho sancionatorio, de ahí que algunas modalidades que vulneran la garantía de la cosa juzgada o el non bis in ídem, corresponderían a cuando al mismo hecho, conducta o proceso se juzga o condena multiplicidad de veces (doble proceso o condena -cosa juzgada-); se dan diferentes denominaciones jurídicas (doble incriminación de ilicitudes) sin tratarse de concurso de delitos ni de procesos o sanciones de diferentes autoridades por razones de ley; o se atribuye doble consecuencia a la misma ilicitud (doble valoración de sanciones).*

*Las identidades que constituyen presupuestos de la cosa juzgada o non bis in ídem se relacionan con el eadem personae o elemento personal (mismidad de persona), eadem res o el objeto (mismidad de hecho o circunstancia con doble trato jurídico y/o procesal) y el eadem causa petendi o fundamento (mismidad de origen de las investigaciones o condenas).*

*El elemento personal o subjetivo alude a la identidad de sujeto investigado, absuelto o condenado o procesado. El sujeto investigado o sancionado debe ser la misma persona en la pluralidad de procesos adelantados con el mismo propósito y fundamento. Este supuesto apunta a quien es investigado, procesado o sentenciado, no a la persona de quien funge como autoridad.*

*El elemento fáctico o identidad de objeto está referida a la situación de hecho sub iudice, a la materialidad del delito, tiene que ser la misma conducta o el mismo hecho el que constituye el propósito de dos procesos penales, ha de ser idéntico supuesto, que solamente dé lugar a una única tipicidad y que se somete a doble juzgamiento.*

*La identidad de fundamento tiene que ver con el motivo que da lugar al adelantamiento de dos procesos, aquel no es otro que la misma causa en una y otra actuación, los argumentos fácticos no cambian frente a los jurídicos y la finalidad del proceso para efectos de la responsabilidad y pena.*

*No obedecen a la misma causa y las sanciones no se duplican, si obedecen a diferentes razones teleológicas para el amparo de diversos bienes jurídicos, cuando son*

<sup>24</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 17 de junio de 2020. M.P.: Gerson Chaverra Castro. SP 1475 -2020. Rad. No. 48861.



*heterogéneos hay diversidad de causas o fundamentos, y procede el doble juicio o castigo a través de cada estructura delictiva que conformen el concurso delictivo. (...)*<sup>25</sup>

Con fundamento en los extractos jurisprudenciales transcritos en precedencia, es claro que el principio del *non bis in ídem* comprende diferentes garantías para quienes son sujetos de procesos penales o sancionatorios, entre ellas la prohibición de ser sujeto más de una vez de actuaciones que tienen **idéntico sustento fáctico**, con independencia del estado en el que tales actuaciones se encuentren, esto es en curso o culminadas.

En ese orden, de entrada advierte el Despacho que en el asunto *sub examine* de ninguna manera se vulnera el principio del *Non bis in ídem*, como quiera que la actuación seguida en el expediente 20217070320700053E aun cuando de manera general versa en torno a la ejecución del plan de inversiones, se refiere a aquellas inversiones que debieron producirse en el año 1 del plan de inversiones (2020), mientras que la presente versa sobre las inversiones que debieron darse en los años 2 y 3 (2021 y 2022), con lo cual, es claro que los supuestos de hecho de una y otra no son idénticos y por ende el presente procedimiento resulta totalmente ajustado a Derecho.

Apuntalado lo anterior, frente a que la sanción es complemento para copar el límite de multas, le basta a esta Gerencia con afirmar que, siendo claro que no se trata de una multa por los mismos hechos, la sanción impuesta no responde al capricho o ejercicio equivocado del Despacho, sino que simplemente se acompasa a la regla contractual acordada por las partes en el parágrafo segundo de la cláusula 23 del contrato, según el cual el monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del contrato durante la vigencia del mismo. Así, el ejercicio llevado a cabo en el numeral 5.5 de la resolución atacada no fue discrecionalmente completar el límite de multas, sino que, existiendo una sanción en firme, en la presente actuación se debió reducir la multa a imponer acorde con el monto disponible dentro del límite máximo, tal como se lee a continuación:

*“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
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
<b>Total, multa para el incumplimiento Plan de Inversión año 2 y 3</b>	<b>USD 5.645</b>	<b>C=A-B</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 DÓLARES (USD 5.645)**”.*

Así las cosas, para este Despacho no existe ningún mérito de prosperidad en la construcción argumentativa del apoderado.

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

<sup>25</sup> COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 19 de agosto de 2020. M.P.: Eugenio Fernández Carlier. SP 3141 -2020. Rad. No. 54108.



De conformidad con lo anteriormente expuesto, el Despacho,

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR** la Resolución 20237070007285 del 14 de junio de 2023, por las razones expuestas en el presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO. EN FIRME** esta decisión desde el día siguiente al de su notificación en audiencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 87 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 20237070007285 del 14 de junio de 2023.

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

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los **09-11-2023**

**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



Documento firmado digitalmente

