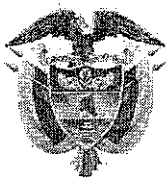


REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

10 JUN 2019

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. - 0281

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018 por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S”

**LA COORDINADORA DEL GIT SANCIONATORIOS
DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones 0273 de 13 de febrero de 2018, 2028 de 06 de noviembre de 2018 y 2034 de 07 noviembre de 2018, de la Agencia Nacional de Infraestructura y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto por la SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., en contra de la Resolución 1380 de 31 de julio de 2018, *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del proceso administrativo sancionatorio iniciado en contra de la sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.”*.

I. CONSIDERANDO

Que la Gerente de Proyecto y/o funcional G2 09 en ejercicio de las facultades conferidas mediante Resoluciones 273 de 13 de febrero de 2018 y 1096 del 25 de junio de 2018 de la ANI, y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, profirió la Resolución 1380 de 31 de julio de 2018 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.”*.

Que a través de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018, la Gerente de Proyecto y/o Funcional G2 09 del Equipo de Sancionatorios de la Vicepresidencia Jurídica de la Agencia Nacional de Infraestructura resolvió lo siguiente:

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

ARTÍCULO SEGUNDO. - **DECLARAR** el incumplimiento de la sociedad **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** por incumplimiento de la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010 **“OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para**

Abner Espinal
10/06/2019

Abner Espinal
10/06/2019

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

desarrollo de este contrato, en especial las siguientes: ... 15.33 Realizar las inversiones objeto del Plan Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato”, de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.

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

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

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

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

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

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, con esta Resolución sólo procede el recurso de reposición.

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

Que el 31 de julio de 2018, en audiencia a la que asistieron los apoderados del Concesionario ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. y de la aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., se procedió a dar lectura y notificar la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.”.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Que en dicha audiencia los apoderados del Concesionario ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. y de la aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., interpusieron recurso de reposición contra la Resolución 1380 de 31 de julio de 2018.

Que a fin de permitir a los apoderados del Concesionario y las aseguradoras sustentar su recurso contra la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018, se resolvió suspender la audiencia hasta el 21 de agosto de 2018, fecha en la cual el apoderado del Concesionario presentó la sustentación al recurso de reposición. En esta misma audiencia el apoderado de la aseguradora sustentó su recurso de reposición tal como consta en el audio y video de la diligencia.

II. DE LAS PRUEBAS EN EL TRÁMITE DE LOS RECURSOS

Junto con el recurso sustentado en audiencia del 21 de agosto de 2018, se aportó por parte del concesionario el documento emitido por la Banca de Inversión Bancolombia denominado Industria del Cemento Cementos Argos S.A. agosto de 2017 contentivo de catorce (14) folios, el cual se incorpora a la actuación.

Ni el concesionario ni la aseguradora hicieron solicitudes probatorias con el recurso, por lo cual, y en atención a que este Despacho no considera necesario el decreto de pruebas adicionales a las ya obrantes en el expediente, los recursos se resolverán de plano.

Tramitadas así las pruebas aportadas durante la etapa de recurso, en este estado de la actuación y no existiendo irregularidades que corregir, corresponde a la Gerencia de Procedimientos Administrativos Sancionatorios de la ANI resolver los recursos interpuestos contra la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Proceso Administrativo Sancionatorio iniciado en contra de la ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.”*.

III. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

Recurso del Concesionario

El Concesionario, a través de apoderada especial, presentó su recurso de reposición con el fin de que se revoque la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018 y, en su lugar, se declare la terminación del procedimiento administrativo sancionatorio, y se ordene el archivo inmediato y definitivo del mismo con fundamento en los siguientes argumentos:

- 1) Adujo la existencia de vicios del procedimiento, que se materializan por dos situaciones, de un lado, porque una decisión referida al material probatorio se hizo en una decisión de 30 de julio de 2018 que se notificó por fuera de audiencia por lo que aduce que la misma adquirió fuerza de ejecutoria tres (3) días después de su notificación, esto es, hasta el 2 de agosto de 2018, por lo tanto, la decisión de 31 de julio de 2018 fue previa a la ejecutoria de esta decisión; y, de otro, porque a pesar de que se radicó otro memorial el 30 de julio de 2018 correspondiente al traslado de la demanda presentada, no se corrió traslado a las partes en los términos de ley.
- 2) Indicó que existen otros vicios de procedimiento referidos a la falta de valoración de eventos imprevisibles, irresistibles, extraños y ajenos al Concesionario, en adelante ZFA, que implicaron la imposibilidad de proceder con la realización de las

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

inversiones como estaban previstas, y tampoco se tuvieron en cuenta las gestiones que ZFA resolvió emprender para buscar alternativas que viabilizaran la ejecución del Contrato de Concesión. Por lo tanto, el Concesionario consideró que existe una falsa motivación que vicia el acto administrativo de nulidad, por cuanto no se habían relatado todos los hechos, especialmente aquellos que hacen referencia a los hechos que demostraban que el incumplimiento no resultaba imputable al concesionario.

- 3) Señaló la improcedencia de la declaración unilateral de incumplimiento en razón a que, considera que no existe incumplimiento, y menos incumplimiento grave por parte de ZFA, que justifique la declaratoria de incumplimiento del Contrato, la imposición de la multa y el cobro de la cláusula penal. Es así como el Concesionario manifiesta que la única obligación incumplida es la relacionada con el Plan de Inversiones incluida en el numeral 15.33 de la cláusula Decimo Quinta del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010.
- 4) Hizo referencia a la existencia de una causa extraña o fuerza mayor derivada de los cambios de la demanda del cemento, lo cual tornó imposible el cumplimiento del plan de inversiones, y conforme a ello manifestó que ante la imposibilidad no resultaba procedente la declaración del incumplimiento, la imposición de la multa y hacer efectiva la cláusula penal. En este punto manifiesta el Concesionario que la ANI desconoció las causas que generaron la fuerza mayor; y aunado a ello, señaló que esta fuerza mayor no necesariamente conducía a la suspensión del contrato, por cuanto la misma es facultativa y el Concesionario podía ejecutar las demás obligaciones contractuales.
- 5) Hizo alusión a la vulneración de principio de buena fe contractual manifestando que el procedimiento consagrado en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato no es obligatorio; adicionó que la ZFA siempre puso de presente las circunstancias de fuerza mayor que impedían la realización del Plan de inversiones en todas sus solicitudes, y que la ANI inició un proceso de negociación con ZFA, en el que reconoció las circunstancias que impedían el cumplimiento del Plan de Inversiones, y reconoció la razonabilidad de la propuesta de ZFA por lo que creó confianza legítima en ZFA relativa a su ausencia de culpa frente al no cumplimiento del Plan de inversiones. Adicionalmente, señaló que la ANI iba en contra de sus propios actos, y para soportar esta premisa manifestó el Concesionario que en comité de conciliación de la ANI se manifestó que las inversiones no resultaban convenientes para la Nación; y a pesar de esto último la Entidad pretende declarar el incumplimiento, imponer la multa y hacer efectiva la totalidad de la cláusula penal pecuniaria.
- 6) Improcedencia del cobro de la cláusula penal por cuanto no existe incumplimiento del Contrato en tanto la no realización del Plan de inversiones obedeció a circunstancias constitutivas de fuerza mayor. También señala que, si la cláusula penal tiene naturaleza sancionatoria, no procede su cobro en virtud el principio del non bis in ídem, en tanto la multa ya es una sanción, y si la cláusula penal tiene naturaleza indemnizatoria, no es procedente su cobro puesto que no existen perjuicios para la ANI por la no realización del Plan de Inversiones. Remata el argumento solicitando que, si con todo la ANI decide aplicar la cláusula penal, el monto de la misma debe atender al principio de proporcionalidad en relación con la gravedad y magnitud del incumplimiento.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

- 7) Trae a colación los postulados señalados con la Finalidad de la multa, y su función conminatoria, concluyendo que no es procedente que se conmine al cumplimiento teniendo en cuenta que no existe claridad por parte del Concesionario, de la inversión que la ANI pretende que se ejecute por cuanto la misma se encuentra sobredimensionada de cara a las condiciones del mercado.

Recurso de la Aseguradora

La aseguradora, a través de apoderado general, igualmente interpuso recurso de reposición contra la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018, en el que manifestó que coadyubaba la sustentación del recurso presentada por la apoderada de la sociedad Zona Franca Argos S.A.S., y adicionalmente presentó los siguientes argumentos:

1) Falsa Motivación:

Señala que, en la resolución recurrida, se expuso que *el proceso sancionatorio no es el escenario para hacer referencia a las circunstancias imprevistas, comportamiento del mercado, fuerza mayor y caso fortuito.* Y trae a colación el siguiente acápite textual:

“Sobre el particular nuevamente, se reitera lo anteriormente expuesto, en el sentido de que en cumplimiento imperativo de la ley del contrato, es categórico que la situación expuesta por el Concesionario sobre las condiciones del mercado de cemento en Estados Unidos como un hecho imprevisible y resistible no imputable a ZONA FRANCA ARGOS S.A.S, generador de un eximente de responsabilidad, deben ser alegadas y expuestos a la Agencia en el marco de lo establecido en la Cláusula Vigésima Segunda y resueltos en dicho escenario procesal según corresponda”

Así las cosas, considera que la motivación no es correcta ya que la ANI está llamada a evaluar todas las circunstancias demostrativas de lo que ha solicitado el concesionario y que éste considera que le generaron imposibilidad de cumplimiento. En consecuencia, manifiesta que es un desequilibrio procesal que la ANI sea competente para conocer de todo aquello que hace alusión a la sanción y no sea competente para conocer de las circunstancias que expone el concesionario como causales de exoneración.

Manifiesta que existe una indebida interpretación de la Cláusula Vigésimo Segunda del contrato de Concesión, y señala que se limitan los medios de defensa cuando la ANI manifiesta que el proceso sancionatorio no es el escenario para evaluar los eximentes de responsabilidad.

Aclara que la competencia sancionatoria, está dada por la Ley y no es de recibo que la misma se encuentre limitada por una interpretación errónea de una de las partes.

2) Indebida valoración de un testimonio

En segundo lugar, el apoderado de la aseguradora da lectura a otro acápite del acto administrativo, a saber:

“Vale la pena recabar que el testimonio ofrecido por el doctor Yusti, quien ante la pregunta del Despacho ¿Desde el punto de vista financiero, no jurídico, qué acciones ha emprendido Argos para poder cumplir con el Plan de Inversiones de este contrato?, contestó: “Desde

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

“... finales del año 2015, se ha venido solicitando una modificación al contrato de concesión, que permita ajustar el monto de la inversión a las nuevas realidades de exportación que consideramos pueden hacerse desde Cartagena”

A juicio de la aseguradora, del testimonio del testigo no se puede inferir la inexistencia de fuerza mayor y considera que la Entidad vulnera el debido proceso con esa afirmación. Por cuanto la solicitud de la modificación contractual no puede ser entendida como una aceptación de la inexistencia de la fuerza mayor que exonere de responsabilidad al contratista.

3) Non Bis in Idem

Manifiesta que de la lectura de la Cláusula Penal consagrada en el Contrato de Concesión se concluye que la misma es una sanción pecuniaria, por cuanto textualmente se encuentra consagrado en el contrato. Adicionalmente señala que si bien puede presentarse una duda al respecto, la misma debe resolverse de manera favorable al administrado.

4) Prescripción:

En este argumento el apoderado de la Aseguradora hace referencia a la fecha de los hechos incluidos en la citación, y considera que cualquier tipo de obligación de la Compañía Aseguradora en relación con la situación fáctica se haya prescrita en este momento, en razón a la manera en que el Consejo de Estado ha entendido los derechos del asegurado como las obligaciones de la Compañía aseguradora en esta materia. Refiere que el art. 1081 del Código de Comercio, establece 2 tipos de Prescripción: ordinaria, de 2 años a partir del hecho, y extraordinaria, de 5 años desde el siniestro, con independencia de que el asegurado lo haya conocido o debido conocer.

Manifiesta que de acuerdo con el Consejo de Estado, se aplica la prescripción de los 2 años siguientes luego de la ocurrencia del riesgo o siniestro el cual considera que es el incumplimiento del plan de inversiones.

Por lo anterior considera que se profirió un acto administrativo sin que la Entidad cuente con la Competencia temporal, por cuanto declaró un siniestro una vez transcurridos los dos años luego de ocurridos los hechos.

IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS

Para resolver lo pertinente, se abordarán en conjunto los argumentos del Concesionario y las Aseguradoras, en el orden en que fueron propuestos, así:

4.1 De los vicios del procedimiento.

El primer argumento de inconformidad expuesto por el Concesionario de cara al acto recurrido hacía referencia al no cumplimiento del término de traslado dispuesto en el artículo 110 del Código General del Proceso. Señaló el Concesionario en su recurso, que el 30 de julio de 2018, se brindó traslado al memorial del 27 de julio de 2018 remitido por el

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

mismo Concesionario y no se dio cumplimiento al término de tres (3) días de traslado consagrado en la referida norma.

Adicionalmente señala el recurso que el auto del 30 de julio de 2018 consagró expresamente:

“Notifíquese y comuníquese esta decisión a las direcciones de buzones electrónicos expresamente informadas y autorizadas para el efecto, advirtiendo que contra la presente decisión no procede recurso alguno.”

De lo anterior concluye el recurrente que no se entiende como se expide la resolución el 31 de julio de 2018, cuando no se encontraba ejecutoriado el auto del 30 de julio de 2018 por cuanto no transcurrieron los tres (3) días requeridos para la ejecutoria, de acuerdo con el artículo 302 del Código General del Proceso en relación con los traslados por fuera de audiencia.

Vicios Del Procedimiento

- **Violación del derecho al debido proceso por la no aplicación de lo dispuesto en el artículo 110 del Código General del Proceso respecto del término de traslado**

Cuestiona el Concesionario que la ANI, no haya dado cumplimiento al derecho al debido proceso, toda vez que en su opinión no hubo una debida aplicación del artículo 110 de la ley 1564 de 2012 “Código General del Proceso”, norma de carácter general que en su concepto regula el procedimiento administrativo sancionador, que complementa lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, razón por la cual el apoderado de la Concesión, a su vez coadyuvado por el apoderado del Garante, señala que la Agencia Nacional de Infraestructura no otorgó a la Sociedad Zona Franca Argos S.A.S.: **(i)** El término del traslado el cual no cumple con los tres (3) días previstos en el mencionado artículo , y **(ii)** el no traslado del memorial aportado por el Concesionario el 30 de julio de 2018, a la Sociedad Garante.

Análisis del argumento

Sobre el particular considera la Agencia, que resulta menester para contextualizar el marco del presente debate jurídico, recordar lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política de 1991, que a su tenor literal, dispone:

“El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio (...).”

Con relación a este derecho constitucional, ampliamente se ha pronunciado la jurisprudencia Colombiana, indicando que *“El debido proceso aplicado al procedimiento administrativo es (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 guardan relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. El objeto de esta garantía superior es (i) procurar el ordenado funcionamiento de la Administración, (ii) la*

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

validez de sus actuaciones, y (iii) salvaguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados.”¹

El anterior precepto constitucional, encuentra igualmente su materialización y desarrollo en el área del derecho de la contratación estatal en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el cual consagra:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. *El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.*

En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato.

PARÁGRAFO. *La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. (...)*

Teniendo claro este marco, resulta procedente entrar a analizar los argumentos expuestos por el Concesionario, conforme los cuales argumentó que no se dio la debida aplicación al Código General del Proceso.

Es así como se debe traer a colación los artículos 34 y 47 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo:

“Artículo 34. Procedimiento administrativo común y principal. *Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales. En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código”* (Negrilla y subrayado fuera de texto).

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio. Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.

Las actuaciones administrativas de naturaleza sancionatoria podrán iniciarse de oficio o por solicitud de cualquier persona. Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un

¹ Sentencia T-214 de 08 de marzo de 2004, expedientes T-725073 y 725058 (acumulados), M.P. Eduardo Montealegre L.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

Los investigados podrán, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de la formulación de cargos, presentar los descargos y solicitar o aportar las pruebas que pretendan hacer valer. Serán rechazadas de manera motivada, las inconducentes, las impertinentes y las superfluas y no se atenderán las practicadas ilegalmente.

Parágrafo. Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Como puede evidenciarse, es claro que la norma aplicable a los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales es el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y que únicamente en lo no previsto en dicha norma, se aplica el CPACA, tal y como lo señala el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011.

La Corte Constitucional en Sentencia C-439/16 se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“6.2. Recientemente, en la Sentencia C-451 de 2015, esta Corporación hizo expresa referencia al aludido tema. En dicho fallo, basada en las previsiones que sobre la materia establecen las Leyes 57 y 153 de 1887 y lo dicho en la jurisprudencia, la Corte puso de presente que existen al menos tres criterios hermenéuticos para solucionar los conflictos entre leyes iii) el **criterio de especialidad, según el cual la norma especial prima sobre la general (lex specialis derogat generali)**. Con respecto a este último criterio, se sostiene que, en tales casos, no se está propiamente ante una antinomia, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial, con lo cual las mismas difieren en su ámbito de aplicación.*

(...)

6.5. Así las cosas, frente a este último criterio, el de especialidad, cabe entonces entender que el mismo opera con un propósito de ordenación legislativa entre normas de igual jerarquía, en el sentido que, ante dos disposiciones incompatibles, una general y una especial, permite darle prevalencia a la segunda, en razón a que se entiende que la norma general se aplica a todos los campos con excepción de aquél que es regulado por la norma especial. Ello, sobre la base de que la norma especial sustrae o excluye una parte de la materia gobernada por la ley de mayor amplitud regulatoria, para someterla a una regulación diferente y específica, sea esta contraria o contradictoria, que prevalece sobre la otra”². (Negrilla fuera de texto)

² Sentencia C-439/16 de 17 de agosto de 2016, expediente D-11213 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Respecto del artículo 34 del CPACA, es claro que dicha norma establece la prevalencia de los procedimientos administrativos especiales, frente a los procedimientos administrativos genéricos, al consignar la siguiente premisa:

*“Las actuaciones administrativas se sujetarán al procedimiento administrativo común y principal que se establece en este Código, **sin perjuicio de los procedimientos administrativos regulados por leyes especiales.** En lo no previsto en dichas leyes se aplicarán las disposiciones de esta Parte Primera del Código.”* Negrita fuera de texto

Aplicando la anterior regla se tiene que el proceso administrativo regulado en una ley especial, que para el caso objeto de análisis, es el contenido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que en sus literales a), b), c), y d), establecen puntualmente de manera completa las etapas y el método que deben seguir las entidades públicas sometidas al Estatuto General de Contratación, para la declaratoria de incumplimiento, la imposición de multas y la exigencia de la cláusula penal al contratista incumplido, resulta ser el aplicable, y no el procedimiento genérico establecido en el CPACA y CGP.

La especialidad del procedimiento que fue concebido por el legislador como un instrumento particular, breve, expedito y de condición apremiante del cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas a cargo de los contratistas, se aprecia claramente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Original:

*“b. En segundo lugar, no existe en la actualidad un procedimiento expedito para apremiar o castigar al contratista incumplido. El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que, previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento”.*³
(Negrilla y subrayado fuera de texto)

Léase como desde la motivación del artículo 86 *ejusdem*, el mismo legislador concibió un procedimiento que consideró respetuoso del debido proceso, de carácter oral, cuyo trámite se desarrollaría en una audiencia, en la que previa citación, el contratista ejerce plenamente todas las garantías para el ejercicio de su derecho de defensa, una vez lo cual, acto seguido procede la entidad a proferir la respectiva decisión, significando ello que dicho instrumento jurídico, contiene todo lo previsto para su trámite y desarrollo, por lo que en principio cualquier traslado es realizado en audiencia y fue en la misma donde se dio cumplimiento a todas las garantías vinculadas al debido proceso por cuanto:

- i) Respecto al oficio remitido mediante correo electrónico el 27 de julio de 2018, se observa que, si bien este se puso en conocimiento mediante auto del 30 de julio de 2018, esta acción se realizó con el objeto de generar mayores garantías

³ Secretaría de Transparencia-Presidencia de la República “Estatuto Anticorrupción Ley 1474 de 2011”. Pág. 48.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

en la actuación, por cuanto la oportunidad para controvertirla, u objetarla estaba dada en audiencia, dando pleno cumplimiento al artículo 110 del Código General del Proceso el cual expresamente hace mención a los traslados que se realizan en audiencia, y al respecto la norma señala que el mismo se surte dando el uso de la palabra a la parte respectiva. Esta ritualidad señalada en el artículo 110 del CGP se materializó en la sesión de audiencia del 31 de julio de 2018 tal como consta en audio y video de esa fecha. Adicionalmente se resalta que este memorial contentivo de apreciaciones realizadas por el Concesionario no modifica de modo alguno la decisión de fondo emitida mediante resolución 1380 de 2018.

Por otro lado se señala que este memorial contentivo de nueve (9) páginas no es un medio de prueba de los que trata el artículo 165 del Código General del proceso y el mismo no cumple con los requisitos para ser valorado como tal; pese a lo anterior la Entidad realizó una gestión garantista, y se brindó el respectivo traslado en la sesión de audiencia correspondiente (31 de julio de 2018) con el objeto de dar a conocer el documento aportado, y dando cumplimiento al procedimiento especial de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 ya referenciado.

También es necesario precisar, que no es de recibo el argumento presentado por el Concesionario, el cual se encaminó a señalar que el auto no se encontraba ejecutoriado y que la resolución se expidió sin contar con dicha ejecutoria. Este argumento no tiene mérito para prosperar por cuanto dicha ejecutoria se realizó en la audiencia tal como se concibe en el artículo 110 del CGP y por ende no es procedente hacer referencia a los tres (3) días, por cuanto la ejecutoria se dio en audiencia tal como lo establece el artículo 302 CGP. Por lo tanto, y siendo consecuentes con el argumento señalado anteriormente y la disposición normativa no se acepta el argumento presentado por el Concesionario ya se evidencia que el auto quedó ejecutoriado en diligencia del 31 de julio de 2018.

- ii) Ahora bien, frente al memorial del 30 de julio de 2018 cuyo asunto refiere *“Audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, - Zona Franca Argos”* y que pone en conocimiento la presentación de la demanda arbitral, debe anteponerse que en sesión de audiencia del 31 de julio de 2018, se brindó el uso de la palabra al Concesionario y a la aseguradora, tal como se señala en el artículo 110 del CGP.

En la mentada audiencia las partes conocieron el documento y tuvieron la oportunidad de pronunciarse frente al memorial aportado el 30 de julio de 2018 mediante correo electrónico, y al respecto el despacho realizó pronunciamiento expreso advirtiendo que los asuntos tratados en el memorial del 30 de julio de 2018, no tienen vocación de controvertir o probar hechos relacionados con el presunto incumplimiento, que constituye el asunto en discusión y por ende no es procedente tener dicho documento como prueba. Por lo tanto, frente al memorial del 30 de julio de 2018, se dio pleno cumplimiento al procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, el cual en su tenor literal consagra:

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

“b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;”

En consecuencia, se encuentra probado que en la diligencia ya señalada se brindó el respectivo trámite, realizando el pronunciamiento que correspondía y advirtiendo que dicho memorial no constituye prueba alguna.

En efecto, es importante tener presente que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual tiene un régimen especial, así reconocido por el propio CPACA en su artículo 47 (ya transcrito), por lo que debe respetarse la oralidad de que trata el artículo 86 del estatuto anticorrupción.

Valga la pena recalcar con insistencia, el legislador en la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 previó el instrumento legal conminatorio breve y expedito, para los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, el cual solo se nutre del CPACA en lo no previsto en la norma especial.

En la misma línea de pensamiento anteriormente expuesta, en Sentencia de Constitucionalidad respecto del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 la Corte Constitucional, señaló:

“5.2.3. La rigurosidad de las garantías varía conforme al tipo de actuación de que se trate. En efecto, este tribunal ha precisado que en actuaciones que puedan comprometer la libertad personal u otros derechos fundamentales las garantías del debido proceso deben observarse con el mayor rigor, mientras que, en otras actuaciones, como aquellas que no comprometen de manera necesaria los derechos fundamentales, su aplicación puede ser menos rigurosa.

*5.2.4. Por su finalidad, entre la actuación judicial y la actuación administrativa hay algunas diferencias. En efecto, mientras que la actuación judicial busca resolver conflictos jurídicos, o defender la supremacía de la Constitución o el principio de legalidad, **la actuación administrativa busca cumplir la función administrativa, en beneficio del interés general. Por ello, la actuación administrativa puede ser más ágil, rápida y flexible que la actuación judicial, “habida cuenta de la necesaria intervención de la Administración en diversas esferas de la vida social que requieren de una eficaz y oportuna prestación de la función pública”⁴*** (Subrayado, cursiva y negrita fuera del texto).

Interpretación normativa que claramente se encuentra debidamente robustecida y que en primera instancia establece que sólo los procedimientos administrativos sancionatorios no regulados por leyes especiales se sujetarán a las disposiciones de dicho Código, de lo cual se infiere que los procedimientos regulados en una norma especial como lo es el procedimiento del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción. Es así como, esta Entidad brindó pleno cumplimiento de la norma contenida en el artículo 110 del CGP, tal como se advirtió

⁴ Sentencia C-499 del 5 de agosto de 2015, expediente D-10626 M.P. Mauricio González Cuervo.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

líneas arriba, esto es que el debido proceso se surtió permitiendo a la parte respectiva que haga uso de la palabra, tal como ocurrió en sesión de audiencia del 31 de julio de 2018.

De todo lo anteriormente expuesto, debe inferirse que la Agencia Nacional de Infraestructura, durante todo el trámite del presente proceso administrativo sancionatorio, dio estricto cumplimiento de las funciones que le han sido atribuidas por la ley y con total apego a las disposiciones de la Ley 1474 de 2011 y la normativa procesal correspondiente.

Es así que conforme con el principio de la especialidad, es decir dentro del marco y parámetros establecidos en el artículo 86 del Estatuto Anticorrupción y dando estricto cumplimiento al contenido del artículo 110 del CGP, esta Entidad es cumplidora del debido proceso y celosa guardiana del derecho constitucional de defensa que le asiste al Concesionario y sus garantes.

4.2 Precisiones previas al análisis de los argumentos de Fondo Presentados por el Concesionario.

De manera previa a revisar los argumentos del Concesionario resulta pertinente señalar que la obligación contractual relacionada con el cumplimiento del plan de inversiones contenida en numeral 15.33 de la cláusula decima quinta del contrato de concesión 003 de 2010, efectivamente se encuentra incumplida; y para sustentar lo anterior es pertinente tener en cuenta las pruebas y argumentos que constatan la existencia del incumplimiento contractual, no sin antes referenciar algunos pronunciamientos esbozados por el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo en lo que concierne al no cumplimiento de la prestación contractual debida.

Es así como el Consejo de Estado en su sección tercera, ha señalado en reiteradas oportunidades⁵ la figura del incumplimiento contractual:

“Reitera la Sala que es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).”

17. En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda” consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena

⁵ Ver también: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 29 de agosto de 2012, rad.050012325000199401059, exp.21.315, CP Danilo Rojas Betancourth. Y. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, Rad. 23001233100019970876301 (17.552), C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.”⁶

Es así como, la falta de ejecución o ejecución tardía de las prestaciones debidas acarrea el incumplimiento de las obligaciones contractuales; incumplimiento que debe estar probado dentro del proceso sancionatorio y que en atención a lo señalado en el Código General del Proceso *Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. (Art 167)*; de modo que este Despacho procede a señalar los argumentos debidamente probados que dieron lugar a la expedición del acto administrativo recurrido, y que constatan que la obligación contenida en el numeral 15.33 de la cláusula decima quinta se encuentra efectivamente incumplida.

Por consiguiente, la resolución recurrida soportó el incumplimiento contractual en: a) los documentos adjuntos a la citación de inicio del proceso sancionatorio remitida mediante oficio con radicado 20167010121201 del 22 de mayo de 2016; b) en las pruebas decretadas durante el transcurso del proceso tales como el testimonio del Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos; y c) en los mismos argumentos presentados por el Concesionario en su recurso de reposición.

Por lo anterior se procede a exponer de manera sucinta los soportes y argumentos que constatan, el incumplimiento de la obligación contractual, aclarando que posteriormente se procederán a estudiar las tesis presentadas por el concesionario como justificación del incumplimiento del plan de inversiones. Por ende, se tienen los siguientes medios probatorios que ponen de manifiesto que la obligación se encuentra incumplida, así:

- a) *De los documentos adjuntos a la citación de inicio del proceso sancionatorio remitida mediante oficio con radicado 20167010121201 del 22 de mayo de 2016.*

En los diferentes informes remitidos por la supervisión, adjuntos al oficio de citación de la audiencia se aportaron tres oficios suscritos por la Gerencia de Grupo Interno de Trabajo Férreo y Portuario, los cuales dan constancia del incumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, en los siguientes términos:

Los informes de la Supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010.

1. *Comunicación con radicado ANI No. 2015-303-018677-1 del 18 de agosto de 2015: En la que se requirió al Concesionario para dar cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Otrosí No 1 al Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, en el que de conformidad al cronograma del Plan de Inversiones vigente, durante el 2015 que corresponde al año 6 del contrato el concesionario debía invertir VEINTIDOS MILLONES VEINTIDOS MIL CIENTO NOVENTA Y OCHO DOLARES AMERICANOS (US\$ 22.022.198)*
2. *Comunicación con radicado ANI No. 2015-303-025329-1 del 26 de octubre de 2015, se requirió nuevamente al Concesionario, las obligaciones que está llamado a solventar, contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 Cláusula*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 17 de noviembre de 2016, rad. 25000-23-26-000-2002-01289-01 exp.30.692 CP Danilo Rojas Betancourth.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Séptima “PLAN DE INVERSIONES”, equivalente a US\$ 31.776.271, en los siguientes términos:

Año Contractual	2010 Año 1	2011 Año 2	2012 Año 3	2013 Año 4	2014 Año 5	2015 Año 6	2016 Año 7	Total
Nueva Plataforma	0	0	0	0	0	10.129.567	7.450.252	17.579.819
Sistema de cargue	0	0	0	0	0	10.490.937	1.024.532	11.515.469
Sistema de colección de polvo	0	0	0	0	0	188.709	0	188.709
Sistemas de limpieza y mantenimiento	0	0	0	0	0	297.454	0	297.454
Sistemas eléctricos y de control	0	0	0	0	0	0	808.613	808.613
Sistemas de amarre	0	0	0	0	0	915.531	470.675	1.386.207
Total de Inversión	0	0	0	0	0	22.022.198	9.754.072	31.776.271

Tasa de descuento anual	14,60%
VP Plan de inversiones	13.479.394
VP Contractual	13.478.414
Diferencia	980

Por lo tanto, durante el año 6 de la concesión que correspondía al año 2015, está claro que el Concesionario debía ejecutar inversiones por valor de US\$ 22.022.198, no obstante los reportes señalaron que solamente se ha realizado inversión por CUARENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS DÓLARES (US\$ 46.400) en ingeniería de detalle, lo que equivale al 0.21 % de lo contractualmente establecido.

- Comunicación con radicado ANI No. 2016-303-00788-1 del 15 de enero de 2016, en la cual nuevamente se reiteró al Concesionario, sus compromisos contractuales establecidos en la referida Cláusula Décimo Quinta numeral 15.33 cuyo desarrollo se encuentra en la cláusula séptima del contrato “PLAN DE INVERSIONES” del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, puntualmente a las inversiones que deben ejecutarse en año 6 (2015-2016), las cuales “...de acuerdo a los reportes mencionados anteriormente la Sociedad solamente ha ejecutado CIENTO TRECE MIL CUATROCIENTOS DÓLARES (US\$ 113.400) en ingeniería de detalle, valor equivalente al 0.51% del contractualmente establecido”.*
- Es de tenerse en cuenta que en virtud de lo ordenado en audiencia del 29 de junio de 2017, la supervisión allegó al proceso la comunicación con radicado ANI No. 2017-303-009758-3 del 12 de julio de 2017, en la cual certificó que durante los años 6 y 7 (años 2015 y 2016) el Concesionario “...ha reportado una ejecución del 0% en avance físico y financiero del Plan de Inversiones”.*

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Como ya se señaló los documentos arriba señalados ponen de manifiesto la existencia del incumplimiento del plan de inversiones, lo cual también se corroboró con las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, tal como se observa en el literal subsiguiente.

b) *Del testimonio rendido por el vicepresidente de finanzas de la sociedad Cementos Argos S.A.:*

Adicionalmente dentro del acervo probatorio que soportó el acto recurrido obró el testimonio del doctor Carlos Horacio Yusty Calero, Vicepresidente de Finanzas de Cementos Argos S.A, quien en diligencia testimonial del 19 de julio de 2017, señaló entre otros aspectos:

*“Es decir, **la inejecución del contrato o una obligación del contrato no da lugar a la declaratoria de incumplimiento del contratista si ello se debió a un evento de fuerza mayor siempre y cuando se configuren tres (3) elementos a saber:** que el hecho sea imprevisible, irresistible y no haya acaecido por circunstancias imputables al obligado” (Página 26. Párrafo 3 escrito de descargos), configuración de requisitos que para el Concesionario se cumplieron, así lo manifestó respecto de la imprevisibilidad.”*

Es así como el testimonio también constata la existencia del incumplimiento contractual de las inversiones que el contratista se encontraba obligado a realizar; sin embargo, es pertinente reiterar que las justificaciones presentadas (fuerza mayor) se analizaran posteriormente en este acto administrativo por cuanto en este acápite se busca aclarar que la obligación se encuentra efectivamente incumplida.

Ahora bien, también es necesario resaltar que posteriormente se realizará análisis puntual relacionado con el argumento presentado por la aseguradora, quien manifestó su desacuerdo con la conclusión adoptada por la Entidad, frente al testimonio del Doctor Carlos Horacio Yusty, con el cual se concluyó en el Acto recurrido que no se evidenciaba la fuerza mayor o caso fortuito.

c) *Del recurso de reposición presentado por el Concesionario y el Garante.*

Respecto a los argumentos presentados por el Concesionario se resalta y trae a colación los diferentes apartes en los que inequívocamente se hace referencia a la existencia del incumplimiento del plan inversiones, así:

*“Para ZFA, la Entidad no puede perder de vista que, si bien ZFA acordó la realización de ciertas inversiones al momento de suscribir el Contrato, lo hizo para el desarrollo de su negocio de exportación a los Estados Unidos. Adicionalmente, si bien ZFA pactó un VPN para ser aplicado al momento de modificar las inversiones, jamás podía prever el imprevisible comportamiento del mercado, **que terminó transformando sustancialmente las proyecciones de carga que alguna vez se tuvieron en cuenta para estructurar el negocio portuario e hizo imposible la realización del Plan de Inversiones.**” (Subraya y negrilla fuera del texto) (Pág 10)*

“Para ZFA, como bien se expuso en el estudio elaborado por Bancolombia, prueba de utilidad que la ANI rechazó, pero que nuevamente se aporta por su

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

pertinencia y utilidad, es claro que existieron evidentes eventos de fuerza mayor que imposibilitaron a ZFA cumplir con la obligación de realizar el Plan de Inversiones.” (Subraya y negrilla fuera del texto) (Pág 14)

“En todas ellas, sin excepción, se demostró la ocurrencia de hechos imprevistos e imprevisibles, posteriores a la suscripción del Otrosí de febrero de 2015, que hicieron imposible la ejecución de las inversiones pactadas. Este fundamento común de la causa extraña y la excesiva onerosidad sobreviniente, la imprevisibilidad y anormalidad del comportamiento del mercado internacional de cemento, impedía deducir la responsabilidad del Concesionario por el retardo en la ejecución de las inversiones. Justificaba, en cambio, la revisión del contrato para conjurar una situación de evidente desequilibrio financiero.”(Pág. 17)

En los apartes subrayados se denota que las inversiones no fueron realizadas conforme con las estipulaciones contractuales, ya que las pruebas y argumentos esbozados en los literales anteriores dan plena constancia del incumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010.

Es así como, de los hechos y pruebas que dieron lugar a la expedición del acto y de los argumentos incluidos en el recurso de reposición, se concluye y encuentra debidamente probado que la obligación contractual ya referenciada deviene en un incumplimiento; no obstante es de competencia de esta Gerencia, conforme con los argumentos y pruebas que presenta el Concesionario, constatar si el incumplimiento que a la fecha se encuentra probado, resulta imputable a la Sociedad Portuaria, o si por el contrario existe una causal de justificación que permita exonerar al Concesionario de la responsabilidad contractual que se deriva de la inejecución del acuerdo de voluntades.

Conforme con lo reseñado se procede a continuar revisando los argumentos de fondo señalados por el concesionario en el recurso de reposición, quien sostiene que existieron diferentes circunstancias que imposibilitaron el cumplimiento del plan de inversiones así:

4.1. “Otros vicios del Procedimiento.”

Frente a la existencia del incumplimiento contractual se da paso a verificar los demás argumentos del Concesionario y La Aseguradora, y con ello analizar la procedencia de la declaratoria del incumplimiento y la imposición de la multa y la cláusula penal. Es así, como en este acápite que el Concesionario denomina *Otros vicios del Procedimientos* manifestó entre otros aspectos, que no se tuvieron en cuenta hechos, las reuniones realizadas por las partes contratantes, oficios y las diferentes alternativas planteadas por el Concesionario a la ANI con miras a realizar la modificación contractual.

Análisis del argumento

Al respecto se advierte que dichas tratativas no llegaron a ser perfeccionadas por las partes y por ende las mismas no modifican de modo alguno el acto administrativo recurrido; ello se justifica en las siguientes premisas: i) La fuerza obligatoria del contrato - *pacta sunt servanda*; y,ii) El tipo de obligación que acá se trata y por la cual se endilga la responsabilidad del incumplimiento contractual.

- i) De la fuerza obligatoria del contrato – Lex Contractus Pacta Sunt Servanda

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Frente a las reuniones, documentos, y solicitudes que buscaban la modificación contractual se debe tener en cuenta que el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 8 de marzo de 2010 y el Otrosí N°1 suscrito el 27 de febrero de 2015, se derivó de la construcción conjunta de las partes, en el marco de lo dispuesto en la Ley 01 de 1991; en el mismo se establecieron sus reglas o pautas de conducta, bajo la premisa de que se cumpliría con todo aquello que se convino de manera consiente y libre, lo anterior se soporta en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 y se concreta en el principio *“lex contractus, pacta sunt servanda”* sobre el que el Consejo de Estado ha manifestado:

“Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, éste es un acto jurídico generador de obligaciones que tiene su fundamento primario en el principio de la autonomía de la voluntad -aunque matizado por ciertos límites que, por diversas razones, son establecidos por el legislador -, en el sentido de que las partes concurren a su celebración y en consecuencia asumen las obligaciones correlativas, por una libre y autónoma decisión de acudir a este procedimiento de intercambio económico y por ello, en general, la ley debe operar sólo de manera supletiva, frente a los vacíos que las partes hayan podido dejar respecto de la regulación de su relación y sólo para llenar esas lagunas de la voluntad. Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato; como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602 establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración”.⁷

En consecuencia, el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 8 de marzo de 2010, estableció como ley del contrato el numeral 15.33 de la Cláusula Décima Quinta, esto es la obligación en cabeza del Concesionario consistente en la realización de las inversiones, la cual se encuentra contemplada en la Cláusula Séptima del Contrato, modificada por el Otrosí No 1 del 27 de febrero de 2015.

Es de resaltar que la ejecución del Plan de Inversiones, en lo que atañe a la presente controversia administrativa, constituye una de las obligaciones de más relevancia dentro del Contrato de Concesión Portuaria y por lo mismo resulta imprescindible su cumplimiento.

⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de septiembre de dos mil tres (2003). Radicación Número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119) Actor. Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Entonces, tal como la obligación se encuentra estipulada al día de hoy, se encuentra incumplida, y por ende no es procedente hacer referencia a las reuniones realizadas por las partes o las solicitudes remitidas por el Concesionario, más aún cuando no se llega a probar la imposibilidad de cumplimiento de la obligación y cuando el riesgo se encuentra asignado al Concesionario; sin embargo estos dos últimos aspectos serán desarrollados en los siguientes apartes.

No sobra recordar que la desatención a estas obligaciones, esto es, de las inversiones no realizadas tienen inmersa la naturaleza misma del contrato de concesión portuaria tal como se esboza en la Ley 1 de 1991.

Acá resulta apropiado tener en cuenta que, si bien la institución *pacta sunt servanda*, (el contrato es ley para las partes) ha tenido desarrollo jurisprudencial de cara el Rebus Sic Stantibus (Desequilibrio económico) este último punto será esbozado más adelante con el objeto de contar con análisis integral del recurso presentado.

En este acápite resulta preciso hacer referencia al postulado de Buena Fe, que el Concesionario manifiesta haberse vulnerado en la resolución 1380 de 2018, por cuanto no se tuvo en consideración los esfuerzos que realizó la sociedad Portuaria frente a los cuales la ANI generó una confianza legítima. Concretamente hace referencia a la solicitud de conciliación que resultó fallida. Al respecto es pertinente señalar que las circunstancias de modo tiempo y lugar aludidas por el Concesionario no se circunscriben en el principio de Confianza Legítima por cuanto nunc se expidió un acto administrativo o cualquier otro título legítimo y vinculante que se encaminara a crear, modificar o extinguir obligaciones. Y para precisar este argumento se refiere a la providencia realizada por el Consejo de Estado:

En virtud del principio de buena fe, surge también la llamada confianza legítima, que exige que el Estado respete las normas y los reglamentos previamente establecidos, de modo que los particulares tengan certeza frente a los trámites o procedimientos que deben agotar cuando acuden a la administración. El principio de confianza legítima exige cierta estabilidad o convicción frente a las decisiones de la administración, por cuanto el ciudadano tiene derecho a actuar en el marco de reglas estables y previsibles. No obstante, eso no implica la inmutabilidad o intangibilidad de las relaciones jurídicas entre los particulares y la administración, pues, de todos modos, la administración puede justificadamente cambiar las decisiones o reglamentos que adopta cuando, por ejemplo, advierte que la actuación de particular es contraria al ordenamiento jurídico... Entonces, en consideración al principio de confianza legítima, las autoridades deben ser coherentes en sus actuaciones, respetar los compromisos adquiridos y garantizar la estabilidad y durabilidad de las situaciones generadas o reconocidas, sin que eso limite las facultades que tiene la administración para modificar justificadamente sus decisiones. Empero, la confianza legítima tampoco ampara las situaciones irregulares o ilegales, por cuanto en esos casos el Estado conserva la potestad de revisar las actuaciones, al punto que puede modificarlas y afectar el derecho adquirido de manera irregular, esto es, en contra del ordenamiento jurídico.

Es así como no procede de modo alguno el argumento presentado por el Concesionario en el que se alude a la buena fe y a la confianza legítima en virtud de la conciliación fallida, por cuanto la certeza dada en este caso en concreto tiene única fuente en el Contrato de Concesión y la legislación vigente; en consecuencia aludir a la vulneración del principio de buena fe no resulta oportuno por cuanto nunca se modificaron las condiciones contractualmente

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

establecidas ; y en este punto es bien sabido para las partes que el contrato estatal solo se modifica por medio de acuerdo de voluntades debidamente suscrito (Art 40 L80 de 1993) o en su defecto en virtud de la potestad excepcional (Art 16 L80 de 1993).

Siendo entonces el contrato y las modificaciones la fuente principal de obligaciones, sin que exista lugar a señalar que el principio de buena fe se encuentra vulnerado, por el hecho de no atender a tratativas o negociaciones que no se llegaron a legalizar

Por ende, en este punto ha de concluirse que las tratativas previas a la modificación contractual y aspectos tales como los resultados de los comités de conciliación no modifican de modo alguno el acuerdo contractual y en consecuencia estos argumentos no tienen vocación de prosperar como justificaciones de la no ejecución de las prestaciones; bajo el entendido de que solo frente al contrato y sus modificaciones debidamente suscritas debe examinarse la ejecución y los cumplimientos o incumplimientos de las partes contratantes en virtud del principio ya expuesto, – Pacta Sunt Servanda–

ii) De la naturaleza de la obligación contractual vulnerada, en el caso en concreto:

Tratándose de la obligación contenida en el numeral 15.33 de la Cláusula Décimo Quinta del contrato de Concesión Portuaria Nº 003 de 2010, la cual hace referencia al cumplimiento del plan de inversiones, se precisa la naturaleza de la misma con el objeto de aclarar el tipo de conducta que permite exonerar al deudor de responsabilidad. Es así como se hace referencia a los pronunciamientos de la doctrina y jurisprudencia, quien se ha encargado de clasificar las obligaciones de medio y resultado así:

Valencia Zea hace referencia a la clasificación de las obligaciones realizada por la doctrina, quien las ha categorizado como obligaciones de medio o de resultado; siendo las primeras aquellas *“donde el deudor se obliga nada más a desarrollar o producir una conducta o actividad de manera prudente pero sin garantizar un resultado”*⁸ y frente a las segundas Tamayo Lombana señala *“la obligación de resultado, conocida también como determinada o específica, tiene por objeto un fin preciso y determinado que el deudor debe procurar a favor del acreedor. Tal obligación se cumple únicamente cuando se ha alcanzado el resultado cometido”*⁹.

De igual manera la línea jurisprudencial de la Corte Suprema ha señalado en lo referente a las obligaciones de medio y resultado:

*“En las obligaciones de medio, le basta demostrar debida diligencia y cuidado (artículo 1604-3 del Código Civil); y en las de resultado, al presumirse la culpa, le incumbe destruir el nexo causal entre la conducta imputada y el daño irrogado, mediante la presencia de un elemento extraño, como la fuerza mayor o el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero”*¹⁰

Partiendo de la claridad conceptual que ofrece la doctrina y la jurisprudencia frente a las obligaciones de medio y resultado, se resalta que la obligación ya referenciada –Cumplimiento del Plan de Inversiones – y por la cual se adelantó el presente proceso

⁸ Valencia Zea, Arturo, DERECHO CIVIL tomo III- de las obligaciones, Editorial Temis. Bogotá 1986 P346.

⁹ Tamayo Lombana, Alberto “manual de obligaciones. Teoría del acto jurídico y otras fuentes” Quinta Edición. Ed Temis Bogotá p18 y ss

¹⁰ Corte Suprema De Justicia en con radicado 05001-31-03-012-2006-00234-01

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

administrativo sancionatorio, constituye una obligación de resultado y por ende no es de aquellas en las que el deudor se libera por el hecho de demostrar diligencia y cuidado.

En consecuencia las reuniones, solicitudes o cualquier otro evento que no se haya perfeccionado contractualmente atendiendo el artículo 40 de la Ley 80 de 1993, no puede ser tenido en cuenta para liberar de responsabilidad contractual al deudor; lo anterior considerando que dado que el cumplimiento del plan de inversiones constituye una obligación de resultado, la liberación del deudor del presunto incumplimiento solo se concreta en el evento en que se rompa el nexo causal, esto es que se alegue y se pruebe en debida forma la fuerza mayor, el caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, que generara la imposibilidad de cumplimiento.

Por lo tanto, se debe concluir en este punto que las diligencias y tratativas realizadas con miras a modificar el contrato, no pueden ser tenidas como conductas tendientes a demostrar la no culpabilidad del deudor, y por ende este argumento no tiene vocación para prosperar toda vez que es claro que la obligación es de aquellas cuya prestación se satisface con el cumplimiento del resultado tal como quedó establecido en el clausulado contractual y no con el simple cuidado y diligencia del deudor.

Aunado a todo lo anterior se precisa que, si bien la Entidad no incluyó en la citación los hechos aludidos por el Concesionario tales como solicitud de modificación contractual y comunicaciones, ello no puede considerarse una causal de nulidad del acto por falsa motivación.

Lo anterior teniendo en cuenta que la falsa motivación a la que alude el Concesionario se relaciona con *“Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente”*¹¹; frente a este argumento este Despacho reitera que las solicitudes de modificación y las diferentes comunicaciones, no tienen vocación jurídica para modificar la voluntad de las partes, y por lo tanto en la citación no se mencionaron dichos hechos por cuanto los mismos resultan ajenos a las condiciones contractuales frente a las cuales se analiza el incumplimiento que acá se indilga. Por lo tanto, dichas comunicaciones o solicitudes de modificación contractual no generarían cambio alguno en la resolución recurrida y por ende queda evidenciado que la no inclusión de esos aspectos no genera de modo alguno una falsa motivación del acto, por cuanto no se ajusta a la hipótesis expuesta por la jurisprudencia.

Ahora bien, en lo concerniente a la situación de mercado imprevista, irresistible, ajena y extraña alegada por el Concesionario en este acápite, se advierte que la misma será analizada en los siguientes puntos, toda vez que este argumento se desarrolla de manera enfática en los siguientes apartes del recurso.

4.3. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA DECLARACIÓN UNILATERAL DE INCUMPLIMIENTO. Y LA CAUSA EXTRAÑA Y LA FUERZA MAYOR

¹¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION CUARTA Consejero ponente: MILTON CHAVES GARCÍA Bogotá D. C, veintiséis (26) de julio de dos mil diecisiete (2017) Radicación número: 11001-03-27-000-2018 00006-00 (22326)

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018"

Manifiesta el Concesionario en su recurso de reposición que la Resolución 1380 del 31 de julio de 2018, se encuentra afectada por *otros vicios de procedimiento* adicionales, que se circunscriben en que la ANI no consideró hechos de gran relevancia para motivar su decisión.

Es así como, el Concesionario hace referencia a eventos imprevisibles, extraños y ajenos a la ZFA, que no fueron considerados al momento de expedir la resolución recurrida, en lo referente a otros vicios del procedimiento advierte que no se valoraron eventos que constituirían la fuerza mayor, y expresamente señala el Concesionario en su recurso:

"Como bien se manifestó en el documento de descargos, y es un tema en el que necesariamente debemos insistir, es que en nuestro criterio la Agencia, en la citación y en el curso del proceso, no tuvo en consideración ciertos hechos de gran importancia para motivar su decisión, y que parecieran carecer de total valor para la ANI, cuando en criterio del Concesionario son de gran relevancia para acreditar, entre otras circunstancias, la imprevista situación en la que se encuentra para proceder con la realización de las inversiones actualizadas con la tasa (VPN) prevista en el Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010 (en adelante el "Contrato o el Contrato de Concesión")."

En efecto, al revisar la citación, se insiste en que la ANI, para dar apertura al proceso administrativo sancionatorio, omitió considerar y valorar no sólo eventos imprevisibles, irresistibles, extraños y ajenos a ZFA que implicaron la imposibilidad de proceder con la realización de las inversiones como estaban previstas, sino las gestiones que ZFA resolvió emprender para buscar alternativas para viabilizar la ejecución del Contrato de Concesión.

(...)

Para ZFA es incuestionable que lo que ha venido ocurriendo en torno a la ejecución contractual, desde el año 2015, es sumamente relevante para derivar responsabilidad, optando en su lugar la Entidad por adoptar una decisión, sin haber valorado de manera suficiente hechos cuyo conocimiento y comprensión resultaban fundamentales para efectos de adoptar una decisión.

Es realmente curioso que en la citación la ANI no haya hecho referencia a las reuniones llevadas a cabo entre las Partes, ni se haya ocupado de analizar las diferentes alternativas que se sometieron a consideración de la Agencia para viabilizar la ejecución del Contrato de Concesión, siendo la citación el marco que debe orientar las actuaciones, debiendo hacer, como bien lo establece el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 una: "mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas y las

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación”

Adiciona el Concesionario que en el acto administrativo recurrido se omitió la consideración de hechos relevantes y se desconoce la realidad fáctica, la cual llevaría a que la decisión se hubiese modificado.

Análisis del Despacho

Bajo este escenario resulta pertinente aclarar que aun realizando el estudio de las circunstancias a las que alude la sociedad ZFA, del mismo no se concluye que no exista un incumplimiento imputable al concesionario. En consecuencia, esta Gerencia manifiesta que en atención al análisis que a continuación se expone, no existe causal de exoneración de responsabilidad, que rompa el nexo causal entre el incumplimiento del plan de inversiones ya probado y la conducta del Concesionario.

Conforme con lo anterior se procede a realizar un examen de los argumentos adicionales a los que alude el concesionario, los cuales también se encuentran relacionados con circunstancias que este considera fuerza mayor y que generaron imposibilidad de cumplir el contrato, específicamente adiciona el Concesionario en su escrito:

“Como lo hemos venido exponiendo durante meses, ZFA se ha visto imposibilitada de realizar el Plan de Inversiones en los términos previstos en el Otrosí No 1. En efecto, tras la suscripción en el año 2015 del Otrosí 1 al Contrato de Concesión se han presentado hechos que no eran previsibles y que, debido a sus efectos extraordinarios y anormales, ha hecho imposible la ejecución de las inversiones. Los cambios suscitados en el mercado al cual entraron actores (Turquía, Grecia y China) con precios con los cuales ZFA lejos está de poder competir generó la completa inviabilidad del negocio portuario en los términos acordados, siendo la causa que determinó la alteración de las condiciones del mercado, externa al control razonable del Concesionario, situación que terminó alterando de manera determinante las condiciones de ejecución de la obligación de inversión y que obliga a su revisión para ser cumplidas. Es así como se puede afirmar de manera categórica, que ZFA no realizó el Plan de Inversiones no por falta de diligencia o interés, sino por circunstancias imprevisibles externas, ajenas a su voluntad, que constituyen fuerza mayor

Por lo anterior, no es coherente que la Entidad, a través de un proceso sancionatorio, pretenda conminar al Concesionario a proceder con la realización de una obligación transformada por hechos imprevistos y que genera, si no se revisa lo pactado, un negocio portuario que, en lugar de garantizar una TIR positiva, genera pérdidas irre recuperables.”

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

En este aparte se observa que el Concesionario tanto en el apartado “*otros vicios del procedimiento*” como en el que nomina “*Improcedencia de la Declaración Unilateral*” hace referencia a la imposibilidad de cumplimiento de la obligación; y también alude a las condiciones del mercado de cemento, las cuales considera que hacen inviable la inversión, por cuanto la misma se traduce en pérdidas para el concesionario.

Acá resulta necesario precisar que la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones; y las pérdidas derivadas de una situación más gravosa para el Concesionario, son condiciones diferentes que deben ser analizadas por este Despacho de manera independiente. Si bien el Concesionario no hace una real distinción entre las mismas, es latente que la imposibilidad de cumplimiento no se equipara al desequilibrio económico del contrato y en aras de analizar y concluir de manera adecuada, esta Gerencia procede a realizar tal distinción.

En consonancia con los argumentos expuestos en los párrafos anteriores se aclara de antemano que estas dos instituciones jurídicas resultan diametralmente opuestas, toda vez que una se deriva de la fuerza mayor o caso fortuito que conlleva a la imposibilidad de cumplimiento de la obligación contractualmente pactada y situaciones imprevistas que conllevan al desequilibrio de las prestaciones, las cuales al momento de celebrar el contrato se entienden como equivalentes (Desequilibrio Económico del Contrato).

De manera previa a estudiar cada una de las figuras jurídicas de cara al caso en concreto, se trae a colación los apartes arbitrales, jurisprudenciales, y doctrinales que han insistido en diferenciar las dos situaciones jurídicas aludidas por el Concesionario, así:

El Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre Concesión Vial de Los Llanos S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, señaló:

“En la Demanda Principal Reformada, la parte convocante hace referencia a la ocurrencia de hechos imprevisibles e irresistibles para efectos de solicitar la revisión del contrato. Sin embargo, se ha sostenido unánimemente por la jurisprudencia y la doctrina que la irresistibilidad es un requisito de la fuerza mayor que opera en sede de responsabilidad y que se dirige a desvirtuar la existencia de un nexo causal entre el daño y la conducta presuntamente dañosa. En consecuencia, no resulta aplicable a la teoría de la imprevisión, puesto que en el supuesto de la fuerza mayor hay una imposibilidad de ejecución de la prestación, mientras que en la imprevisión lo que ocurre es que su cumplimiento se hace excesivamente oneroso.”¹²

Igualmente, el Órgano Judicial de Cierre de lo Contencioso Administrativo ha señalado:

¹² Laudo Arbitral Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre Concesión Vial de Los Llanos S.A.S., de una parte, y la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI. Proferido el 28 de febrero de 2019

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

“El incumplimiento determinado por la fuerza mayor debe distinguirse de la situación que se presenta en aplicación de la teoría de la imprevisión, puesto que la fuerza mayor exime de responsabilidad al contratista incumplido, en tanto que en aplicación de la teoría de la imprevisión el contratista cumple el contrato con dificultades, a cambio de lo cual tiene derecho al restablecimiento de la ecuación financiera del contrato, alterada en razón del hecho imprevisible.”¹³

El anterior argumento también ha sido decantado por la Doctrina Nacional, así:

“Al respecto, conviene recordar que la jurisprudencia contencioso administrativa ha señalado que la fuerza mayor, como hecho exógeno, imprevisible e irresistible, constituye una causa eximente de responsabilidad por tener la virtud de interrumpir o desvirtuar el nexo causal entre el hecho y la ruptura de la ecuación financiera del contrato y de los perjuicios irrogados al contratista por tal concepto, en cuanto su acaecimiento torna imposible la ejecución del objeto contractual, evento este que en todo caso resulta diferente de los hechos sobre los cuales se edifica la teoría de la imprevisión, donde la ejecución de la prestación a cargo del cocontratante no se torna en imposible sino que entraña una mayor onerosidad que acarrea el desequilibrio de la ecuación financiera”¹⁴

Con todo lo anterior, tal como lo ha señalado la jurisprudencia, el laudo arbitral y la doctrina nacional resulta evidente diferenciar entre A) La imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales y B) la inviabilidad de la inversión, lo cual denomina el concesionario desequilibrio económico del contrato.

Como ya se señaló, las anteriores precisiones no se observan dentro del recurso interpuesto, empero es indispensable diferenciar los dos supuestos aludidos por el Concesionario, toda vez que ello permite realizar un análisis jurídico claro y preciso:

- A) Respecto a la imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales, el Concesionario pone de manifiesto que se tornó imposible cumplir el plan de inversiones por el comportamiento del mercado de cemento, lo cual bajo el criterio del Concesionario constituyeron circunstancias imprevisibles, irresistibles, ajenas y extrañas a ZFA.

Al respecto, este Despacho encuentra probado que, si bien pudo existir una fluctuación del mercado del cemento que se soporta en las pruebas decretadas y practicadas, se requiere analizar si la variación de precios de mercado genera la imposibilidad de cumplimiento de la obligación contractual relacionada con el plan de inversiones tal como se concibió en el contrato de concesión portuaria 003 de 2010.

¹³ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ- Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392)

¹⁴ Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. Compendio de derecho administrativo. Ed. Universidad Externado (2017). pg. 715.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

En consecuencia, sea lo primero traer a colación los conceptos y definiciones relacionados con la fuerza mayor alegada por el concesionario, para después argüir que los hechos descritos no se circunscriben a aquellos que pueden ser denominados fuerza mayor o caso fortuito que generaron imposibilidad de cumplimiento:

Es así como se debe decir que desde antaño la ley¹⁵, la Doctrina y la jurisprudencia han decantado el concepto de fuerza mayor o el caso fortuito como aquel que se configura en aquellos eventos en los cuales se hace imposible el cumplimiento de la obligación contractual.

Respecto a la fuerza mayor, se tiene que la misma corresponde a hechos extraños y ajenos a las partes contratantes, imprevisibles e irresistibles que derivan en la imposibilidad de ejecutar las obligaciones del contrato, en consecuencia, estos elementos deben encontrarse en la situación fáctica que pretenda hacer valer el Concesionario, y en concordancia con lo anterior el Consejo de Estado ha precisado:

“La fuerza mayor respecto de la ejecución de los contratos estatales.

La fuerza mayor es un hecho extraño a las partes contratantes, imprevisible e irresistible que determina la inejecución de las obligaciones derivadas del contrato. Constituye causa eximente de responsabilidad porque rompe el nexo causal entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo.

Fue definido por el legislador como “...el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” - art. 1o de la Ley 95 de 1890.

La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que son normalmente previsibles los hechos “que suceden en el curso ordinario de la vida” (sentencia del 31 de mayo 1965, G.J. CXI-CXII, pag. 126), o las “...circunstancias normales de la vida” (Sentencias del 13 de noviembre de 1962 y del 20 de noviembre de 1.989), o el que no sea “...lo suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él” (Sentencias del 5 de julio de 1.935 y del 7 de octubre de 1.993).

¹⁵ Código Civil Artículo 64 “Se llama fuerza mayor o caso fortuito al imprevisto que no es posible resistir, como naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público etc.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

A partir de la anterior jurisprudencia se analizan dos aspectos de los hechos alegados por el Concesionario y su garante, por un lado, se expone lo referente a la imprevisibilidad e irresistibilidad y por otro lado se examinará *la imposibilidad* de dar cumplimiento al plan de inversiones contractualmente pactado, alegada por el Concesionario.

En lo que concierne a *la imprevisibilidad y la irresistibilidad*, resulta necesario precisar que en el documento aportado en el recurso de reposición denominado Industria del cemento – Cementos Argos S,A, de 2017, se incluyeron los siguientes aspectos:

- *La presentación de variables, macroeconómicas y de la industria cementera mundial, norteamericana y colombiana.*
- *En este punto hace referencia al Mercado Global y manifiesta que de acuerdo con el Ranking del 2014, los países importadores de cemento para consumo local se concentran principalmente en Asia y África, y en menor proporción en EEUU, Rusia, Arabia Saudita y Brasil*
- *Posteriormente se hace referencia al Mercado de los Estados Unidos y se vincula la caída haciendo referencia a las expectativas del mercado señalando los porcentajes del crecimiento esperado*
- *Adicionalmente se señala que Colombia es un País que presenta deficiencias estructurales que afectan la competitividad frente a otros países exportadores, y adicionalmente se había dado gran relevancia al producto importado en el consumo local.*
- *También señala el documento que a finales del 2014 la exportación de cemento se concentraba en su mayoría en países asiáticos donde la producción local es superior a la demanda.*

Es así como el documento, hace referencia al estado de las importaciones del cemento incluyendo expectativas y promedios, los cuales de acuerdo con lo que manifiesta el concesionario no cumple con las cifras esperadas a la fecha, considerando esto como un hecho constitutivo de fuerza mayor.

No obstante, en lo referente a la imprevisibilidad se debe entender que las fluctuaciones de los precios del cemento no pueden ser tenidos como hechos imprevistos, externos o ajenos a la normalidad, ya que de acuerdo con el análisis que aporta el concesionario, se tiene que la propuesta se encontraba basada en expectativas financieras.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la expectativa es el vocablo acuñado por el Concesionario, se tiene que la Real Academia de la Lengua define expectativa como *“la posibilidad razonable de que algo suceda”*; Por ende, conforme con esta definición es claro que la sociedad ZFA, al solicitar la Concesión portuaria tan solo contaba con una posibilidad de que el mercado del cemento no generara las utilidades esperadas. Ello como se dijo, se constata en el documento anexo aportado por el Concesionario, el cual de manera específica advierte:

“Desde el 2010 las expectativas de crecimiento del consumo de cemento eran superiores al realmente presenciado en los años siguientes. Se

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

esperaba un crecimiento promedio entre el año 2010 y 2014 de 10.3% y el crecimiento real fue 4.8%”.

Por lo tanto, se evidencia que la fluctuación del mercado contraria a los promedios esperados, no puede ser tenida como hechos imprevistos, anormales o no frecuentes solo por el hecho de que las variaciones no lograron la utilidad esperada, si bien los documentos hacen referencia a las cifras del mercado esperadas, el hecho que las mismas constituyeran una mera expectativa, permitía inferir que la no obtención de utilidades era un hecho más que normal y previsible dentro del mercado del cemento que maneja el Concesionario.

Ahora bien, en lo referente a la normalidad de los hechos alegados como fuerza mayor, sea la oportunidad para referenciar el concepto acogido por la Corte Suprema de Justicia en su sala de Casación Civil ha manifestado:

“Según esa doctrina de la Sala, para que un hecho pueda ser considerado como evento de fuerza mayor o caso fortuito-fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no existía manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora.”¹⁶

Así las cosas, se concluye de las afirmaciones realizadas por el Concesionario en su recurso de reposición, de las diapositivas presentadas como pruebas, y de los apartes jurisprudenciales, que esta fluctuación del mercado constituye una circunstancia normal y previsible, más aun cuando el mercado que acá se trata (cemento) es aquel en el que el Concesionario tiene basto conocimiento en atención a su objeto contractual el cual de acuerdo con el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Cartagena e incorporado al expediente el 23 de mayo de 2016, expresamente señala:

“Objeto social: explotación de la industria del cemento y la producción de mezclas de Concreto y de cualesquiera otros materiales o artículos a base de cemento (...)

Teniendo en cuenta que el mercado de la sociedad ZFA es el cemento, resulta imperioso realizar un breve análisis de *la irresistibilidad* frente a los hechos aludidos, teniendo en cuenta que la irresistibilidad ha sido entendida por la jurisprudencia nacional como: *“La imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, aunque este sea, en sí mismo, irresistible, caso de un terremoto o de un huracán (artículo 64 del Código Civil) algunos*

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

de cuyos efectos nocivos, en ciertos supuestos o bajo determinadas condiciones, podrían ser evitados—.”¹⁷

Entonces hasta acá encontramos como los hechos no resultan imprevistos ni anormales y frente a *la irresistibilidad* se señala que no es clara la imposibilidad del Concesionario para mitigar el daño de una situación, previsible como es la fluctuación del mercado de Cemento, mercado que él conoce desde su propia constitución.

Ahora bien, dejando claro que el hecho no era imprevisto, imprevisible ni anormal, encontramos que la *irresistibilidad*, tampoco es un adjetivo que pueda adjudicarse a los hechos alegados por el contratista por cuanto la ocurrencia del riesgo era previsible como ya se dijo y la asignación del mismo estaba en cabeza del Concesionario tal como se observará a continuación:

De la previsión del riesgo derivado de la demanda y la asignación del mismo:

Es de advertir que desde la solicitud de concesión elevada por la sociedad portuaria se entiende que esta es quien conoce y planea los riesgos que pueden llegar a ocurrir y que de igual manera pueden afectar la ejecución del contrato, al respecto, resulta oportuno traer a colación reciente pronunciamiento arbitral que dirimió situaciones relacionadas con la ocurrencia de los riesgos, y en efecto la obtención de las utilidades, es así como el tribunal manifestó:

*“En virtud del principio de planeación, en consecuencia, las partes pueden establecer los riesgos asociados con la contratación y calcular los flujos económicos del proyecto para efectos de que los ingresos permitan cubrir los costos de su ejecución y generar una remuneración. La observancia de este principio en el marco de las **Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada**, del que surgen deberes para las partes de actuar con diligencia, de obtener la información necesaria para la estructuración y diseño del proyecto y de informar a la otra parte involucrada en el negocio, entre otros, está en cabeza del inversionista privado*

(...)

Este último aspecto, relativo a la asignación de riesgos en el contrato, adquiere una connotación especial cuando se trata de Asociaciones Público Privadas de iniciativa privada en las que la estructuración del proyecto de infraestructura se hace por cuenta y riesgo del inversionista privado. A esto ha de sumarse que en los casos en que la Asociación Público Privada se concrete en la celebración de un contrato de concesión, el numeral 4° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 dispone que en dicha modalidad contractual es el concesionario quien por su cuenta y riesgo debe encargarse de la construcción, explotación y conservación de una obra o bien, así como de todas las actividades necesarias para su correcto funcionamiento. Y la connotación especial es la siguiente: en la estructuración de un proyecto de infraestructura bajo el esquema de Asociación Público Privada de iniciativa privada, la definición y valoración de los riesgos le compete al originador, quien debe prever las contingencias asociadas al proyecto y debe asumir los riesgos previsibles y normales relacionados con la ejecución del objeto de la concesión, salvo aquellos que provengan del incumplimiento de la administración concedente o de situaciones externas e imprevisibles.

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA Bogotá, D.C., veintidós (22) de junio de dos mil once (2011) Radicación: 73001-23-31-000-1999-00265-01(19548)

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

En este punto se debe recordar que la doctrina ha señalado que “la responsabilidad derivada de la indebida o la falta de planeación de los contratos que instrumentan asociaciones público-privadas previa iniciativa privada, en principio, corresponde exclusivamente al agente privado que estructuró el proyecto de inversión, pues es a dicho agente a quien le corresponde hacer todos los estudios que permitan garantizar la viabilidad de la ejecución del contrato y que permitan evidenciar que no se trata simplemente de una improvisación; luego son sus acciones u omisiones las que pueden dar lugar a comprometer su responsabilidad”¹⁸

Es así como se observa que el contrato que acá referimos es de aquellos que se origina mediante iniciativa privada y ello encuentra su soporte en los documentos precontractuales presentados por el Concesionario, para obtener la concesión portuaria, la cual se otorga a través de la Resolución 073 de 17 de febrero de 2010.

Adicional a lo anterior, los tribunales de arbitramento también han estudiado lo referente a la asignación del riesgo en contratos de Concesión Portuaria, en los mismos se ha concluido:

“En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada.

Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta.

La obligación de estimar, tipificar, y asignar los riesgos previsibles en ejecución de un contrato estatal aparece en el año 2007 con la Ley 1150, modificatoria de la Ley 80 de 1993. Entonces, lo referente a la transferencia del riesgo como elemento característico de la concesión portuaria en los 139 términos de la Ley 1ª de 1991

(...)

Destaca el Tribunal cómo la norma introduce un señalamiento trascendental al señalar que el concesionario se obligará por su cuenta y riesgo a la realización del objeto contractual de la concesión.¹⁹

¹⁸ TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE CONCESIÓN VIAL DE LOS LLANOS S.A.S. VS AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

¹⁹ TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE CONCESIÓN PORTUARIA OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA-, como parte Convocante, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI 26 de julio de dos mil dieciocho (2018)

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Es así como, normativamente la asignación del riesgo se encuentra en el Concesionario, por ser el originador y en atención al mandato legal. Lo anterior sin dejar de lado el clausulado contractual el cual fue acertadamente incluido en la resolución recurrida y que claramente estipuló:

Numeral 6 de sus consideraciones “6. Que el CONCESIONARIO acepta que la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución de este contrato son de su exclusiva responsabilidad y en caso de que tenga lugar un suceso que ponga en riesgo su ejecución, el CONCESIONARIO no tendrá derecho a indemnización o reconocimiento alguno a su favor por parte del Estado pues éste declara que conoce y ha evaluado los términos y condiciones técnicas, económicas, comerciales y jurídicas del proyecto objeto del presente contrato”.

Cláusula Trigésima, riesgos del concesionario que establece “EL CONCESIONARIO acepta que la totalidad de riesgos inherentes a la ejecución del contrato en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de reversión serán asumidos por EL y que la ocurrencia de algún riesgo, no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor del CONCESIONARIO. Dentro de los riesgos asumidos están, sin limitarse a ellos: el riesgo de estudios y diseños, de construcción, de cantidades de obra, presupuesto, plazo de ejecución de las obras, de mantenimiento, de operación, comercial, social, ambiental, de demanda, cartera, financiero, cambiario, soberano o político, predial, tributario, seguridad portuaria, seguridad y protección a las instalaciones portuarias, higiene y seguridad industrial”.

La consagración de la Cláusula Décima Quinta “Obligaciones del Concesionario subnumeral 15.20 “Será responsabilidad del CONCESIONARIO llevar a cabo la promoción y mercadeo del puerto”.

Se observa entonces que es potestad del legislador la asunción del riesgo en cabeza del Concesionario y adicionalmente que las partes regularon las consecuencias de los riesgos derivados de las variaciones de los componentes económicos, de la demanda del servicio y con ello los efectos favorables y desfavorables de los mismos. Es así como esta asignación no puede ser obviada, toda vez que las reglas se encuentran dadas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, sin que frente a las mismas exista salvedad alguna.

En este orden de ideas, se reitera lo señalado en el acto recurrido el cual aludió a que el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 2010, se deriva de la construcción de un acuerdo de voluntades, ajustado a la Ley 01 de 1991, contrato donde se establecieron sus reglas o pautas de conducta, y donde se asumieron los posibles riesgos. Este sustrato contractual como ya se mencionó, tiene su fundamento en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 y ha sido desarrollado por el Consejo de Estado, tal como se observa en los apartes de la providencia que a continuación se transcriben:

“Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato; como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

establece que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración”.20

Por lo anterior es claro que el Contrato de Concesión Portuaria No 003 del 2010 y el respectivo Otrosí, estableció como ley para las partes en su Cláusula trigésima denominada distribución de riesgos, la asunción del riesgo derivado de la demanda a la Sociedad Portuaria a cargo del concesionario, y por ende no asumir el riesgo que alega el concesionario transgrede las reglas negociales dispuestas.

Tenemos hasta acá como el Concesionario señala la existencia de la causa extraña y la fuerza mayor la cual no se encuentra probada de modo alguno dentro del proceso, pues la misma constituye un hecho previsible normal y resistible para el Concesionario. Sin embargo, no sobra entrar a revisar la imposibilidad a la que alude el Concesionario quien en reiterados apartes del recurso manifiesta expresamente que el plan de inversiones contenido en el contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, se tornó imposible.

En este escenario no se puede obviar el contenido el clausulado contractual y la naturaleza jurídica del contrato de Concesión portuaria el cual se circunscribe a un contrato de Concesión de iniciativa privada toda vez que como ya se mencionó fue la sociedad Zona Franca Argos S.A.S quien estructuró y solicitó el Contrato de Concesión Portuaria tal como se concluye de los anexos de la citación que inicio el proceso administrativo sancionatorio que acá se señala:

De forma tal que en el contrato se asumieron obligaciones y se asignaron los riesgos, que la ejecución del acuerdo de voluntades conlleva. Por lo tanto, no resulta procedente para este Despacho advertir que el riesgo no debía ser asumido por el concesionario cuando aún desde la celebración del negocio jurídico, las partes regularon las consecuencias derivadas de la ocurrencia de este tipo de riesgos.

Ahora bien, analizados los elementos de imprevisibilidad, anormalidad e irresistibilidad que caracterizan la fuerza mayor, –los cuales no se presentan, ni se encuentran probados en el caso en concreto–, se procede a revisar la imposibilidad derivada de la fuerza mayor que advierte el contratista en el recurso de reposición

Es así como el contratista al hacer referencia a la FUERZA MAYOR señala reiteradamente **la imposibilidad** de ejecutar el plan de inversiones en su recurso, así:

“Como lo hemos venido sosteniendo desde hace meses y se expuso en los descargos presentados, debemos insistir con la presentación de este recurso en que, en el caso que nos ocupa, no existe incumplimiento de ZFA que deba ser conminado y menos aún castigado toda vez que la obligación de realizar el Plan de Inversiones, en los términos pactados, se tornó imposible de cumplir al haberse presentado circunstancias imprevisibles, irresistibles, ajenas y extrañas a ZFA. Sin perjuicio de ser claro para ZFA que el comportamiento del mercado del cemento es un hecho notorio que afectó de forma grave la realización de inversiones en el puerto, analizando la RESOLUCIÓN que se recurre, se advierte que la ANI no reconoció la fuerza mayor no porque no existiera la misma, sino por cuanto en su criterio, ZFA

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

no había agotado una ritualidad particular contenida en la Cláusula Vigésima Segunda del Contrato. La cláusula referida establece.”

Ahora bien, frente a la imposibilidad de incumplimiento, se debe señalar que no sería ajustado a Derecho, exigir el cumplimiento de una obligación que no se puede cumplir, ya que como reza el postulado jurídico *nadie está obligado a lo imposible*, esto último encuentra su soporte en fuentes jurisprudenciales y doctrinales, así:

El Consejo de Estado ha sentado jurisprudencia en el siguiente sentido:

“En cambio, la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor.

*Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y **que no permitió la ejecución del contrato**, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado (...)*

En igual sentido Marienhoff advierte:

“Si bien existe una evidente correlación entre ‘imprevisión’ y ‘fuerza mayor’, las diferencias entre ellas son fundamentales. Ambas figuras reposan sobre la misma noción básica: los acontecimientos que respectivamente las determinan deben ser ajenos o extraños a la voluntad de las partes. Además, tanto la ‘fuerza mayor’ como la ‘imprevisión’ deben responder a acontecimientos ‘imprevisibles’. Tales son las semejanzas.

*Pero difieren fundamentalmente: **a) en lo que respecta a la ‘ejecución’ del contrato. La fuerza mayor torna imposible tal ejecución**; la imprevisión sólo la hace más onerosa, b) Mientras la fuerza mayor altera el equilibrio contractual de manera ‘definitiva’, ‘la teoría de la imprevisión’ sólo es aplicable cuando tal trastorno es ‘temporario’ o ‘transitorio’”(5). (Se resalta)*

*En tales condiciones, se tiene **que la fuerza mayor justifica la inejecución del contrato y no determina indemnización o compensación alguna en beneficio de la parte contratante, la cual queda eximida de responsabilidad a pesar de haber incumplido el contrato**; en tanto que la teoría de la imprevisión no justifica la inejecución del contrato, se aplica cuando el contrato se ha ejecutado con la alteración de su ecuación económica y da derecho a que el contratista obtenga el restablecimiento mediante la compensación correspondiente*

Es así como, no se encuentra probado en el proceso, la imposibilidad de ejecutar el contrato, ya que, si bien el Concesionario en numerosas oportunidades alude a tal imposibilidad, la misma no puede equipararse a una mayor onerosidad, como lo pretende hacer el Concesionario y su garante en el recurso de reposición. Al respecto la jurisprudencia transcrita describe las diferencias claras entre imposibilidad y mayor onerosidad, no siendo aplicable al caso concreto la imposibilidad de cumplir.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Es así como el Concesionario en ningún momento del proceso hizo referencia a condiciones fácticas o jurídicas que impidieran razonablemente el no cumplimiento del plan de inversiones, ya que la fluctuación del precio del cemento no puede ser vista de modo alguno como una imposibilidad de cumplir la inversión acordada, ya que a lo sumo y bajo la hipótesis de que se encuentre probado, podrá constituir una mayor onerosidad.

Es así como no puede pretender el Concesionario, que la aludida mayor onerosidad constituya un impedimento real y razonable para ejecutar el plan de inversiones; y por ende no se encuentra probado que exista una imposibilidad de cumplimiento toda vez que tangencialmente se puede concluir que el cumplimiento de la prestación podría resultar más oneroso y pese a ello es de recordar que tal riesgo lo asumió el Concesionario, quien estructuró y solicitó la concesión Portuaria y quien adicionalmente asumió el riesgo de manera voluntaria, de acuerdo con el clausulado contractual.

En este punto es necesario revisar el argumento presentado por el apoderado de la sociedad Garante, quien refirió al siguiente apartado del acto administrativo recurrido:

“se puede igualmente inferir que si para el Concesionario el camino más acertado para buscar una solución a la problemática que se presentó en la ejecución del contrato, resultado de la lentitud de la recuperación del mercado del cemento en los Estados Unidos, y que en palabras del Concesionario ha dado lugar al incumplimiento de la ejecución del Plan de Inversiones, era el trámite de una modificación contractual, y no lo era la invocación las reglas de establecidas en la Cláusula Vigésima Segunda el Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, era porque ZONA FRANCA ARGOS S.A.S, tenía la convicción de que no estaba en presencia de la existencia de eventos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, que son alegados de manera novedosa por la apoderada del Concesionario en el curso de la presente actuación administrativa.”

Respecto al aparte transcrito la aseguradora manifiesta que no se puede concluir que de la solicitud de la modificación contractual se acepte que no existe fuerza mayor o caso fortuito. Al respecto esta Gerencia manifiesta que una vez realizado el análisis y revisados los elementos fácticos y jurídicos, en todo caso se observa que no se presentó fuerza mayor o caso fortuito, y por ende no es procedente .

Ahora bien, respecto a la suspensión concebida en la cláusula décimo segunda del contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, el acto administrativo recurrido hizo la siguiente mención:

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

Si bien le asiste razón al concesionario y al garante cuando manifiestan que la suspensión es de carácter facultativo, se encuentra plenamente evidenciado en el proceso que no estamos ante una fuerza mayor o caso fortuito que exonere al concesionario de responsabilidad, frente al ya probado incumplimiento.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Consecuencia de todo lo anterior, la situación de fuerza mayor alegada por el Concesionario, tampoco se encuentra llamada a prosperar, no solo por no cumplir con los requisitos de imprevisibilidad, anormalidad e irresistibilidad sino porque en no se encuentra debidamente probada la imposibilidad de cumplir con la obligación contenida en el numeral 15.33 de la cláusula Décimo Quinta del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010. Es así como la fuerza mayor invocada no es de recibo para este Despacho, y la misma no tiene vocación de romper el nexo causal que existe entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo, lo cual conlleva a que no se admita este argumento para exonerar al Contratista de Responsabilidad.

Del desequilibrio económico del contrato:

Ahora bien, como se indicó al inicio de este acápite es pertinente analizar el argumento relacionado con la mayor onerosidad –desequilibrio económico –del contrato, al cual alude el Concesionario y su garante en varias oportunidades; al respecto estos manifestaron en su recurso:

“Tal fue la principal razón por la cual ZFA analizó, junto con la ANI, varias alternativas para lograr la normalización del Contrato, procurando definir unas inversiones que no llevaran al Concesionario a un desequilibrio de su ecuación económica. Lo anterior bajo el entendido común de que la imposibilidad en la ejecución de una obligación no implicaba la imposibilidad de la ejecución del Contrato en su totalidad. De hecho, como se ha anotado a lo largo del presente recurso, ZFA ha cumplido a cabalidad con todas las demás obligaciones del Contrato” (...)

“Fue por lo indicado y siempre procurando buscar una alternativa negociada para encontrar la forma de normalizar el Contrato, dadas la gravosas consecuencias generadas por la actualización desproporcionada de las inversiones, y ante el hecho cierto de que efectuar las inversiones actualizadas (aplicando para el efecto, la tasa de ajuste pactada contractualmente) en los términos y condiciones pactados, implicaría necesariamente el desequilibrio de la ecuación económica del Contrato, ZFA consideró un cambio en las prestaciones.” (...)

Así, con la decisión que se recurre, la ANI está generándole un perjuicio al Concesionario al pretender que efectúe unas inversiones que, como ella misma reconoce, no son convenientes, y con ello generaría un evidente desequilibrio de la ecuación económica del Contrato, no debiendo el Concesionario soportar dicha situación, y menos aun, cuando fue un hecho insuperable el que le impidió efectuar las inversiones como las previó” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Es así como el concesionario alude al desequilibrio económico de la ecuación financiera del contrato dentro de su recurso; sin embargo dicho argumento no tiene vocación jurídica ni fáctica para prosperar toda vez que se concluye de los hechos expuestos y debidamente probados, que el concesionario no invirtió los valores acordados contractualmente conforme a las condiciones debidamente pactadas, razón por la cual no hay lugar a reconocer una mayor onerosidad tal como se desarrolla en las siguientes líneas.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

En los argumentos expuestos por el Concesionario se hace referencia a la inviabilidad de las inversiones lo cual equipara al desequilibrio económico del contrato, y frente a ello este Despacho procede a realizar el respectivo análisis así: i) Por un lado se sintetiza el concepto de desequilibrio económico de acuerdo con las fuentes jurisprudenciales; y por otro lado se realizará ii) el análisis frente al caso en concreto.

- i) De la figura jurídica denominada Desequilibrio económico del Contrato Estatal:

Así las cosas, se proceden a ilustrar los elementos del desequilibrio económico del contrato estatal derivados de la teoría de la imprevisión, conforme con las providencias del Consejo de Estado, y con el objeto de demostrar que los mismos no se ajustan a los hechos a los que alude el Concesionario en sus descargos.

“La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que es cierto que el contrato una vez suscrito es ley para las partes y obliga a su cumplimiento en los términos pactados, sin embargo, también se sostiene que ello no opera de manera absoluta, como quiera que el restablecimiento de la ecuación financiera del contrato es asunto que se encuentra comprendido. Esto es, los hechos que afectan de manera grave e imprevisible cuando a) en ejercicio de potestades constitucionales y legales se adoptan medidas de carácter general que sí bien no tocan al contrato directamente, lo afectan negativamente -hecho del príncipe-; b) se ejerce un poder exorbitante o una cláusula excepcional por parte de la administración contratante y c) factores externos surgidos durante la ejecución del contrato, paralelos a este y posteriores a la celebración surgen, con entidad suficiente para perturbar el equilibrio -teoría de la imprevisión.”²¹

En este mismo sentido

“a. (...) Una vez las partes suscriben el contrato, éste se convierte en ley para ellas y se torna obligatorio su cumplimiento en los términos pactados, de acuerdo con el principio pacta sunt servanda (art. 1602, C.C.), lo que no descarta que situaciones extraordinarias, posteriores a la celebración del contrato, imprevistas e imprevisibles, ajenas a las partes (en el caso de la teoría de la imprevisión) o imputables a una actuación legal de la contratante (en el caso del hecho del príncipe), puedan alterar la ecuación financiera del mismo en forma anormal y grave, de tal manera que sin imposibilitar su ejecución, la hagan mucho más onerosa para la parte afectada, en lo que se conoce como el rompimiento del equilibrio económico del contrato, caso en el cual, en virtud del principio rebus sic stantibus, surge el deber de restablecerlo, bien sea mediante una indemnización integral de perjuicios, en el caso del hecho del príncipe, en el cual la afectación de la ecuación contractual proviene de una medida de carácter general proferida por la misma persona de derecho público contratante, o llevando al contratista a un punto de no pérdida (art. 5º, Ley 80/93), mediante el reconocimiento de los mayores costos en los que incurrió, por hechos imprevistos e imprevisibles para las partes (...)”²²

²¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO Bogotá, D. C., primero (1.º) de agosto de dos mil dieciséis (2016) Radicación número: 25000232600020020238201 (36.359)

²² CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION B Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación número: 25000-23-26-000-1998-03066-01(20912)

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

También resulta oportuno recordar que el Órgano de Cierre de lo Contencioso Administrativo ha sido reiterativo en señalar que el desequilibrio económico no genera imposibilidad de dar cumplimiento a las obligaciones contractuales; ya que aún en el evento en que se presentaran todos los elementos constitutivos de desequilibrio financiero (circunstancia que como veremos a continuación en el caso en concreto no ocurre), esto no genera impedimento para dar cumplimiento a las obligaciones concebidas.

En este sentido es pertinente anotar que la figura del desequilibrio económico en la contratación pública tiene como objetivo satisfacer el interés general, pese a circunstancias externas, imprevistas o imprevisibles y extraordinarias, que hagan más gravosa la prestación del servicio.

Lo anterior tiene como propósito que el servicio público prestado no se vea interrumpido, y que la carga y mayor onerosidad sea indemnizada de acuerdo con los gastos en que incurre el particular, eventualmente hasta el punto de no pérdida.

ii) Del desequilibrio económico frente al caso en concreto:

Dejando en claro la figura decantada por la jurisprudencia, encuentra este Despacho que el argumento relacionado con el *desequilibrio económico* no está llamado a prosperar, no solo porque el Concesionario no ejecutó las prestaciones y por ende nunca se materializó la mayor onerosidad, sino porque adicionalmente el riesgo derivado de la demanda, se encuentra asignado al Concesionario desde la celebración del acuerdo de voluntades. Por ende no se explica este Despacho como el Concesionario busca equilibrar la ocurrencia de riesgos que este debía mitigar. En este sentido lo ha señalado el Consejo de Estado de manera acertada y clara:

“Ahora bien, en cuanto a la relación entre el desequilibrio económico del contrato y el riesgo, la Sala considera pertinente reiterar las siguientes consideraciones de la Subsección A:

“Resulta que el desequilibrio económico del contrato comporta el desbalance de la carga prestacional en las condiciones pactadas al suscribir el negocio jurídico, de suerte tal que al concebir el riesgo asumido como parte integral de esas condiciones convenidas de inicio por las partes, su concreción dentro del margen acordado y aceptado no habría de tener vocación para impactarlas negativamente.

***“Por contera, si el riesgo que acontece se enmarca dentro de los linderos de la respectiva tipificación, valoración y asignación, no habrá lugar a alegar la ruptura del equilibrio económico del contrato por cuenta de su ocurrencia, bajo la comprensión de que el mismo ya fue cubierto por la respectiva matriz y corresponderá asumirlo a quien allí se haya dispuesto en la estimación acordada”**²³
(Negrita y Subrayado por fiera del texto)*

De manera que en el caso que acá se trata la cláusula Trigésima del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, y dada la naturaleza del contrato de concesión portuaria, los riesgos fueron asignados al

²³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017) RADICACIÓN: 25000232600020120003501 (53875) ACTOR: CONSORCIO PUENTES PUTUMAYO DEMANDADO: INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVÍAS

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Concesionario Portuario y por tal razón sería improcedente que prosperara la pretensión del presunto desequilibrio económico del contrato.

Es oportuno reiterar que tal como se expuso cuando se estudió lo referente a la fuerza mayor, en el caso que acá se analiza no se encontró probado que los hechos derivados de la fluctuación del mercado de cemento constituyeran situaciones imprevisibles ajenas al Concesionario, ya que se evidencia que dichas condiciones resultaban previsibles para el Concesionario. Lo anterior teniendo en cuenta que **la sociedad portuaria ZFA produce y comercializa el producto, en este caso el Cemento**²⁴ y ello permite inferir que la situación no cumplía con los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ser tenidos como un desequilibrio económico del contrato.

En consecuencia de lo reseñado, no es de recibo aceptar *el desequilibrio económico* al que alude el contratista, teniendo en cuenta que: i) No se presentó mayor onerosidad dentro de la ejecución del contrato por cuanto la sociedad ZFA no ejecutó la prestación. ii) Adicionalmente necesariamente el desequilibrio económico debe estar precedido de circunstancias imprevistas, anormales e irresistibles, las cuales no fueron probadas dentro del proceso, y por último pero no menos importante, iii) de acuerdo con la estipulación contractual no es procedente reclamar desequilibrio económico de un riesgo que desde la celebración del contrato se asignó al Concesionario

De conformidad con lo anterior no están llamados a prosperar los argumentos aludidos por el Concesionario y la Aseguradora, **relacionados con la falsa motivación**, toda vez que de acuerdo con lo expuesto el incumplimiento se encuentra efectivamente probado, y en todo caso no se evidencia de modo alguna justificación o argumento fáctico o jurídico que rompa el nexo causal entre la culpa y el incumplimiento del Concesionario.

Por último, respecto al argumento del Concesionario quien considera que no es procedente la imposición de la multa, por cuanto argumenta que conminar a la realización de inversiones que no se requieren o que para el Concesionario resultan desproporcionadas, es opuesto a la función de la multa; este Despacho manifiesta que no obra en el proceso alguno prueba que permita concluir que exista imposibilidad de cumplimiento, que permita inferir que no se puede conminar al cumplimiento de la obligación debidamente pactada; es así como la multa es concebida como un elemento persuasivo, como lo ha tendido la jurisprudencia:

“Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una multa por incurrir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que

²⁴ Al respecto se debe señalar que el Consejo de Estado en sentencia 25000232600020020238201 (36.359), del primero de Agosto de 2016, procedió a reestablecer la ecuación financiera del contrato basado en que el Contratista no producía ni comercializaba el insumo cuyo precio había fluctuado. Por ende la comercialización y producción por parte del Contratista excluye la posibilidad de reestablecer la Ecuación financiera del Contrato por no ser ajeno a las partes. *“La Sala advierte que el incremento en los precios del asfalto sólido que se viene estudiando es un hecho exógeno a las partes, especialmente a la sociedad contratista, si se tiene en cuenta que este no era un insumo que la misma produjera o comercializara, todo lo contrario, se trata de un material que proveía Ecopetrol, empresa oficial que fija los precios, conforme a diferentes factores económicos sobre los que, quienes adquieren el producto no tienen control. Se trató del impacto del costo del petróleo materia básica para la producción del asfalto, extraño al control, manejo y conocimiento de la actora.”*

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado²⁵

Entonces lo que se busca disuadir en el caso en concreto es el cumplimiento de la obligación en los términos pactados por las partes, términos que no pueden ser obviados en virtud de lo establecido desde el Código Civil Artículo 1602.

- 4.4. Así las cosas, los fundamentos de hecho y de derecho que dieron lugar a la expedición en lo que concierne al incumplimiento contractual y la imposición de la multa se encuentran efectivamente probados y por ende bajo el análisis de legalidad del acto recurrido es necesario confirmar lo que concierne a la declaratoria del incumplimiento y la respectiva imposición de la multa.

5. De la imposición de la Cláusula Penal.

Respecto a la imposición de la Cláusula penal el Concesionario ZFA y el apoderado de Seguros Suramericana se opusieron a la imposición de esta, señalando que no existía presunto incumplimiento por cuanto se presentaron situaciones que imposibilitaron al contratista el cumplimiento de la obligación contractual.

Respecto a este argumento, ya se ha decantado que no le asiste razón al Concesionario, ni al Garante debido a que se encuentra debidamente probado el incumplimiento de la obligación contenida en el literal 15.33 de la cláusula Décimo Quinta del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, no prosperando de modo alguno el argumento relacionado con la fuerza mayor y la Teoría de la Imprevisión, y por ende no existiendo una imposibilidad para el cumplimiento del plan de inversiones.

5.1 De la improcedencia de la cláusula penal frente a la inexistencia del perjuicio:

Si bien el Concesionario manifestó que no resultaba procedente la imposición de la cláusula penal, en el evento en que la misma se considere indemnizatoria, por cuanto no existe un *perjuicio* derivado del incumplimiento. Dicho argumento no es de recibo para este Despacho por cuanto carece de soporte legal y jurisprudencial.

Es de recordar al Concesionario que la cláusula penal entendida como estimación anticipada de perjuicios, libera al acreedor de acreditar los daños derivados de la misma y de tal manera se encuentra señalado en el Código Civil:

“Artículo 1599. Exigibilidad de la pena. Habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio.”

Es claro entonces que, en virtud de la cláusula penal, no se exige al acreedor la demostración de los perjuicios, lo cual también ha sido reiterado por la jurisprudencia nacional, tal como se expone a continuación:

²⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL Consejero ponente: ALVARO NAMEN VARGAS Bogotá, D.C., diez (10) de octubre de dos mil trece (2013) Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157)

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

“Ahora, la estipulación de una cláusula penal en un contrato le concede al acreedor un conjunto de ventajas, pues en primer término lo libera de la difícil labor de aportar la prueba sobre los perjuicios, porque hay derecho a exigir el pago de la pena establecida por (sic) el solo hecho de incumplirse la obligación principal hace presumir la culpa del deudor, y por esta circunstancia, el acreedor también queda exonerado de probar dicha culpa (Art. 1604 del C.C.); en tercer lugar, evita las controversias sobre la cuantía de los perjuicios sufridos por el acreedor (...)”²⁶.

Es así como no le asiste razón al recurrente, cuando manifiesta que al no existir perjuicio no resulta procedente la imposición de la cláusula penal.

5.2. Falta de claridad en las consecuencias derivadas de la actuación – Función de la cláusula penal

Por otro lado, el Concesionario hizo alusión a la función de la cláusula penal consagrada por las partes y señaló que, si bien la función de esta no es clara en el contrato, manifiesta que de ser sancionatoria se vulneraría el principio del Non Bis In Ídem, y por el contrario en el evento en que la misma sea indemnizatoria, no es procedente por cuanto no existen perjuicios acreditados frente al incumplimiento del plan de inversiones.

En este mismo sentido el Garante manifiesta que existe una vulneración al debido proceso ya que la cláusula penal puede estar encaminada a cumplir varias funciones y dentro del inicio del proceso Administrativo sancionatorio no se indicó la función que estaba cumpliendo en el caso en concreto esta figura.

Es así como los recurrentes señalan que la cláusula estipulada en el contrato no cuenta con la suficiente claridad, por cuanto la misma parece presentar dos (2) connotaciones; por un lado, se observa una cláusula de carácter sancionatorio y por otro lado se vislumbra una cláusula de carácter sancionatorio; señala entonces el Concesionario:

“La Cláusula Décima Novena del Contrato no es clara por cuanto al referirse a la cláusula penal la misma dice que es una sanción, pero a renglón seguido establece que la cláusula penal es una liquidación anticipada de perjuicios.”

En similar sentido manifiesta el apoderado de Seguros Suramericana que la naturaleza de cláusula penal debió aclararse desde el inicio del proceso sancionatorio, lo cual fue solicitado en los descargos presentados, por ende, considera que no aclarar la función de la cláusula penal constituye una violación al debido proceso.

Acá resulta apropiado traer a colación la estipulación contractual acordada por las partes en el Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, con el objeto de analizar lo señalado por el Concesionario y el Garante. Es así como en el clausulado contractual las partes expresamente acordaron:

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

²⁶ La Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, en Sentencia del 7 de octubre de 1976,

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

La cláusula transcrita obedece a la voluntad del acuerdo de voluntades que en todo caso puede advertir una ambigüedad que se traduce en dos posibles interpretaciones. Por un lado, se puede entender que la función de la cláusula penal es sancionatoria y por la otra es posible entender que la función es indemnizatoria.

Ahora bien, respecto a la función de la cláusula penal el Consejo de Estado ha manifestado que en caso de existir ambigüedad frente a la función de la cláusula penal, la misma debe ser entendida como indemnizatoria, así:

“Este brevísimo recuento le permite a la Sala llamar la atención sobre el hecho de que en el derecho privado las cláusulas penales cumplen las funciones de apremio, de garantía y de valoración de perjuicios de conformidad con la jurisprudencia y doctrina citada que interpreta las reglas de los artículos 1592 al 1601 del Código Civil.” Estas funciones las cumplían, al menos parcialmente, las derogadas disposiciones del decreto ley 222 de 1983 sobre multas y cláusula penal pecuniaria. Es interesante también insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios.”

Siguiendo el anterior pronunciamiento, el acto administrativo de primera vista señaló expresamente que la función de la cláusula penal del contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, es indemnizatoria.

Sin embargo, una vez revisado el proceso, el recurso y el acto administrativo recurrido, es pertinente traer a colación la norma que rige el presente proceso administrativo sancionatorio contractual, Artículo 86 Ley 1474 de 2011, la cual en su parte pertinente señala:

*“La entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido. En la citación, hará mención expresa y detallada de los hechos que la soportan, acompañando el informe de interventoría o de supervisión en el que se sustente la actuación y enunciará las normas o cláusulas posiblemente violadas **y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación.** (...)”* Negrilla fuera de texto

Como claramente se aprecia de la norma, la entidad pública al citar a audiencia deberá enunciar las posibles consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación, y si bien por las razones explicadas es claro que en el presente caso la consecuencia del acto en lo referente a la cláusula penal es indemnizatoria –toda vez que en caso de ambigüedad debe tenerse como tal– este Despacho encuentra que en la citación no se señaló con claridad que la posible consecuencia en lo referente a la imposición de la cláusula penal, sería indemnizatoria, por lo cual, en aras de no vulnerar el derecho al debido proceso y el derecho de defensa del Concesionario, el Despacho procederá a revocar la cláusula penal impuesta en el acto administrativo recurrido, teniendo en cuenta que la condición indemnizatoria de la cláusula penal no quedó expresa desde la citación del proceso sancionatorio.

En todo caso se advierte que dicha cláusula penal podrá solicitarse posteriormente, en el evento en que el Concesionario incurra en nuevos incumplimientos de sus obligaciones contractuales o que se declare la caducidad.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Así las cosas, dada la revocatoria de la cláusula penal que se proferirá en el presente acto administrativo este Despacho no se pronunciará respecto a los demás argumentos relacionados con la cláusula penal, por sustracción de materia o carencia actual de objeto.

5.3. De la prescripción del Contrato de Seguro:

Si bien en el contenido de este documento se han desarrollado los argumentos presentados por el Concesionario y el garante, a continuación, se procede a realizar el análisis del argumento presentado por la aseguradora en relación con la Prescripción del Contrato de Seguro.

En referencia a la prescripción del contrato de seguro el apoderado del garante, manifestó que teniendo en cuenta que los hechos por los cuales se endilga incumplimiento, –Esto es el incumplimiento del plan de inversiones (febrero 2015-febrero de 2016, las acciones derivadas del contrato de seguro se encontraban prescritas en consonancia con lo señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio que reza: *La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.*

Análisis del argumento

Frente a este argumento, esta gerencia procede a analizar la aplicación de la disposición normativa frente al caso en concreto, trayendo en primer lugar los análisis jurisprudenciales que el Consejo de Estado ha realizado frente al tema y en segundo lugar el estudio frente al caso en concreto:

De acuerdo con lo anterior se debe señalar que la Sección tercera se ha ocupado de estudiar lo relacionado con la prescripción de las acciones derivadas del Contrato de seguro, frente a las pólizas que amparan los contratos estatales, así:

“El acaecimiento del siniestro, o sea, el incumplimiento, debe ocurrir dentro del plazo de vigencia del seguro fijado en la póliza, para que el Asegurador resulte obligado a la indemnización. Empero, dicho término no es el mismo dentro del cual las autoridades aduaneras deben declarar el incumplimiento.”²⁷

En este mismo sentido ha señalado esta Corporación:

*“Cosa distinta la constituye el término para proferir el acto administrativo que ordene hacer efectiva la garantía, que junto con la póliza otorgada constituyen el título ejecutivo conforme lo preceptúa el artículo 68 numeral 5. del Código Contencioso Administrativo. **Término que contrariamente a lo expresado por el a-quo no necesariamente debe coincidir con el de vigencia de la póliza de garantía, porque éste tiene por objeto amparar el riesgo (incumplimiento) que se produzca en su vigencia. Ocurrencia que puede tener lugar en cualquier momento incluido el último instante del último día de vigencia.** Hecho muy diferente al de reclamación del pago o a la declaratoria del siniestro ocurrido, que pueden ser coetáneos o posteriores a la de la vigencia de la póliza”*

²⁷ Consejo de Estado Sección tercera Sentencia de 11 de julio de 2002 (C. P. Dr. Gabriel Mendoza Martelo) Exp: 11001-03-24-000-1999-0376-01 (Actor: Avianca S.A.)

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

Es así como se ha señalado en reiteradas oportunidades que los hechos que dieron lugar al incumplimiento deben ocurrir dentro de la vigencia del amparo correspondiente; adicionalmente se debe resaltar que la Sección Tercera frente a la aplicación del artículo 1081 del Código de Comercio también ha manifestado:

“De conformidad con las jurisprudencias anteriormente transcritas se evidencia que el Consejo de Estado ha establecido mediante interpretación que el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento, debe expedirse dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado; lo anterior con el fin de evitar que proceda la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio.”

En consecuencia se debe anotar que la garantía, expedida por la sociedad Seguros Suramericana S:A identificada con el Número 0453939-4, con vigencia desde el 19 de febrero de 2010 hasta el 19 de febrero de 2022, se encuentra amparando el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión Portuaria 003 de 2010, y dado que los hechos ocurren durante la vigencia del mismo, no resulta procedente alegar prescripción de la acciones del contrato de seguro, toda vez que hasta que se encuentra vigente el amparo y solo hasta que se encuentra en firme el acto administrativo estaremos frente a un incumplimiento contractual.

Así las cosas no se encuentra llamado a prosperar el argumento invocado por la Aseguradora, por cuanto la interpretación dada por el apoderado del garante, no se ajusta a la señalada por el Consejo de Estado y bajo este análisis resulta necesario confirmar el acto administrativo en lo que corresponde a la afectación de las garantías.-

Por todo lo anterior, se mantendrá la decisión de la Agencia respecto de declarar el incumplimiento de la obligación 15.33 de la cláusula Décimo Quinta del contrato de Concesión Portuaria y la imposición de la multa señalada en el artículo segundo de la resolución recurrida.

Adicionalmente por las razones expuestas en esta decisión, se procederá a revocar la imposición de cláusula penal que se impuso en el artículo “CUARTO” del acto recurrido.

Por todo lo anteriormente expuesto la Agencia revocará el artículo CUARTO por el cual se había impuesto la cláusula penal, y confirmará en todo lo demás la Resolución 1380 de 31 de julio de 2018 por medio de la cual se declara el incumplimiento de la sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décimo Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010”

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto por la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. en contra de la Resolución No. 1380 de 31 de julio de 2018”

PRIMERO.- REVOCAR el artículo “CUARTO” de la Resolución No. 1380 del 31 de julio de 2018 el cual dispuso *“Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL, establecida en la Cláusula Décima Novena. Penal Pecuniaria, del Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 2010, por un valor de TRESCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO NOVENTA Y SEIS DÓLARES CORRIENTES (USD \$385.196)”* conforme a las razones que motivan esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la Resolución No. 1380 del 31 de julio de 2018 *por medio de la cual se declara el incumplimiento de la sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. de las obligaciones contenidas en la Cláusula Décima Quinta numeral 15.33 del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010”,* de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

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

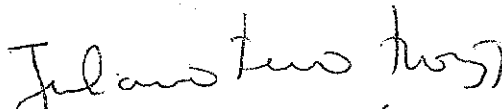
CUARTO. - De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente decisión se notifica en audiencia.

QUINTO.- Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá. D. C.,

10 JUN 2019



CLAUDIA JULIANA FERRO RODRÍGUEZ

Coordinadora GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Proyectó: Paola Andrea Otero Lopez Abogado GIT SANCIONATORIOS
Revisó Eduardo Durán Montoya Abogado GIT SANCIONATORIOS