

TRIBUNAL ARBITRAL
DE
ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.

CONTRA
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-

LAUDO

Bogotá D.C., doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del proceso.

I. ANTECEDENTES Y ASPECTOS PROCESALES

1. LAS PARTES

1.1. PARTE CONVOCANTE

Es **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, sociedad comercial del tipo de las sociedades por acciones simplificadas, legalmente constituida bajo las leyes colombianas, inscrita en la Cámara de Comercio de Cartagena el veintiséis (26) de julio de dos mil siete (2007), bajo el número 53634 del Libro IX, con domicilio principal en Cartagena (Bolívar), matrícula mercantil 09-233554-12 y NIT 900.164.755-0, representada legalmente por **DIANA YAMILE RAMÍREZ**

ROCHA y por su apoderado especial debidamente constituido.¹ En lo sucesivo, este Laudo se referirá a esta parte por su razón social o como la Convocante, la Demandante, la Concesionaria o ZFA.

1.2. PARTE CONVOCADA

Es la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**, agencia nacional de naturaleza especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, según lo dispone el Decreto 4165 de 2011, representada legalmente por su entonces Presidente **DIMITRI ZANINOVICH VICTORIA** y en este asunto por apoderados especiales debidamente designados². En lo sucesivo, este Laudo se referirá a dicha parte por su denominación o por su abreviatura ANI, o como la Convocada o la Demandada.

2. PACTO ARBITRAL

Está contenido en la cláusula trigésima segunda del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010 celebrado el ocho (8) de marzo de dos mil diez (2010) entre el INCO³ y Zona Franca Argos S.A.S., cuyo texto expresa:

“CLÁUSULA TRIGÉSIMA SEGUNDA. CLÁUSULA COMPROMISORIA Y ARBITRAMENTO TÉCNICO. Arbitramento: Salvo la aplicación de la Cláusula de

¹ Cuaderno Principal No. 1, folio 41.

² Cuaderno Principal No. 1, folio 135 y Cuaderno Principal No. 2, folio 175.

³ El Decreto 4165 de 2011 cambió la “naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones (INCO) de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, que se denominará Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte”. De conformidad con su artículo 25, los “derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del presente decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones -INCO-, continuarán a favor y a cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura”.

Caducidad y sus efectos, así como de las cláusulas excepcionales que contengan los principios previstos en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, cualquier disputa o controversia surgida con relación al presente contrato, que sea susceptible de transacción y que no pueda arreglarse directamente entre las partes, o que no sea sometida a arbitramiento (sic) técnico según lo establecido más adelante en esta misma cláusula, será dirimida bajo las reglas de arbitramiento (sic) vigentes en Colombia al momento en que se solicita el mismo, por una de los dos partes. El lugar en que se llevará o cabo el arbitramiento (sic) es Bogotá D.C. Colombia. Los árbitros determinarán los asuntos en disputa de acuerdo con la Ley Colombiana. El Tribunal de Arbitramiento (sic) estará constituido por tres (3) árbitros nombrados de común acuerdo entre las partes, los cuales se regirán por las reglas establecidas por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Si las partes no logran un acuerdo dentro de los ocho (8) días hábiles, contados a partir de la fecha en que se solicitó la convocatoria del Tribunal de Arbitramiento (sic), se procederá de conformidad con la Ley. Las partes acuerdan que la decisión proferida por los árbitros será la única y exclusiva solución entre las partes en cuanto a cualquier demanda, contra demanda, asuntos o cuentas presentadas o sometidas al arbitramiento (sic), la cual será cumplida y pagada oportunamente libre de todo impuesto, deducción o compensación. Dicho impuesto, deducción o compensación será considerado por los árbitros al dar su fallo. Sobre intereses y costas se atienen EL INCO y EL CONCESIONARIO a lo establecido en la Ley Colombiana. Todas las comunicaciones entre las partes, relacionadas con el arbitramiento deberán realizarse según lo dispuesto en la Cláusula Trigésima Quinta del presente Contrato. Arbitramiento Técnico: Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 15, 16 y 17 de la Ley 80 de 1993, toda diferencia de carácter técnico que llegare a surgir entre las partes, con motivo de la interpretación o aplicación de este contrato, que no pueda arreglarse en forma directa entre las partes, será sometida al dictamen definitivo de tres árbitros técnicos independientes profesionales en la materia y experimentados en proyectos de características similares al proyecto motivo de este contrato, designados de común acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre ellas, respecto de dicho nombramiento por lapso mayor de veintiún (21) días, este se hará por la Junta Directiva de la Sociedad Colombiana de Ingenieros que tiene su sede en la ciudad de Bogotá D.C. Igualmente, toda diferencia de carácter contable que

llegue a surgir entre las partes, en relación con la interpretación y/o ejecución del contrato y que no pueda arreglarse en forma directa entre las partes, será sometida al dictamen definitivo de tres árbitros técnicos quienes deberán ser Contadores Públicos Titulados designados de común acuerdo entre las partes. En caso de desacuerdo entre ellas, dicho nombramiento, lo hará la Junta Central de Contadores y a falta de ésta, la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. Ambas partes declaran que el dictamen de los árbitros técnicos tendrá el efecto vinculante otorgado por la Ley. El arbitramento (sic) técnico que se acordare se celebrará conforme a las leyes colombianas y según lo establecido en el Código de Comercio Colombiano. En el evento en que alguna disputa o controversia se encuentre sujeta a arbitramento o arbitramento técnico según lo dispuesto en la presente cláusula, todas las demás obligaciones y derechos derivados del presente contrato se mantendrán vigentes y el contrato deberá continuar desarrollándose normalmente.”⁴

3. TRÁMITE ARBITRAL

- 3.1. El treinta (30) de julio de dos mil dieciocho (2018) la parte demandante formuló ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, demanda arbitral en contra de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI-⁵.
- 3.2. En audiencia celebrada el veinticuatro (24) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) las partes escogieron de mutuo acuerdo los árbitros de la presente controversia; en consecuencia, el Tribunal fue debidamente integrado dando cumplimiento a las reglas previstas en la Ley y en el Pacto Arbitral⁶.
- 3.3. La instalación del Tribunal tuvo lugar en audiencia realizada el diecinueve (19) de noviembre de dos mil dieciocho (2018), en la cual, entre otras decisiones, se designó presidente y secretaria, reconoció personería a los apoderados de las partes, admitió la demanda y ordenó la notificación y el traslado en los términos de ley⁷.

⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 173 al 202.

⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 al 40.

⁶ Cuaderno Principal No. 1, folio 134.

⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 178 al 181.

- 3.4. Surtido el correspondiente trámite de notificación y traslado de la demanda, que se dirigieron también al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la parte demandada formuló recurso de reposición en contra del auto admisorio de la demanda, que no prosperó, y luego, en término, presentó oportunamente escrito de contestación formulando excepciones de mérito⁸.
- 3.5. De las excepciones de mérito formuladas por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI se corrió el traslado correspondiente, con pronunciamiento oportuno de la parte demandante, quien pidió pruebas adicionales⁹.
- 3.6. El dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019) la Demandante presentó reforma de su demanda arbitral, que fue admitida mediante auto del día siguiente¹⁰. Una vez notificada esta decisión, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI presentó recurso de reposición en contra del auto que admitió la reforma de la demanda, el cual fue resuelto adversamente a la recurrente¹¹. Oportunamente la entidad demandada contestó la reforma de la demanda y propuso excepciones de mérito, que fueron objeto de traslado a la Demandante. En término, la Demandante descorrió tal traslado y solicitó nuevas pruebas¹².
- 3.7. En audiencia celebrada el catorce (14) de mayo de dos mil diecinueve (2019), fracasó la etapa de conciliación entre las partes y se adoptaron las disposiciones necesarias para continuar con el proceso hasta la presente audiencia¹³.
- 3.8. En el término señalado en la Ley, Zona Franca Argos S.A.S. consignó la proporción de gastos y honorarios que le correspondía y, posterior y oportunamente, los de su contraparte.
- 3.9. En audiencia celebrada el once (11) de junio de dos mil diecinueve (2019), por Auto No. 10 el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho, las controversias surgidas entre las partes, sometidas a su consideración en la demanda

⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 247 al 154.

⁹ Cuaderno Principal No. 1, folios 258 al 318.

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 328 al 352.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 360 al 366.

¹² Cuaderno Principal No. 2, folios 3 al 87.

¹³ Cuaderno Principal No. 2, folios 101 al 106.

arbitral reformada y en su contestación, sin perjuicio de lo que se decida en el laudo¹⁴.

- 3.10. Ejecutoriado el auto por el cual se asumió competencia, por Auto No. 11, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes y señaló fecha para practicarlas¹⁵.
- 3.11. Terminada la etapa probatoria, previo el control de legalidad de la actuación, los apoderados de las partes en audiencia del diecisiete (17) de diciembre de dos mil diecinueve (2019), expusieron sus alegatos de manera oral y al final presentaron resúmenes escritos¹⁶.
- 3.12. El Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo¹⁷.

4. LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

Se resumen la demanda arbitral reformada, su respuesta y excepciones perentorias como fueron presentadas por las partes, así:

4.1. LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

La demanda arbitral reformada, en síntesis, solicita declarar la ocurrencia de ciertos hechos (Pretensión Declarativa 1.1.), imprevistos, extraños e inimputables a la Demandante (Pretensión Declarativa 1.2.) generadores de una excesiva onerosidad de sus prestaciones, la inidoneidad de la tasa de descuento, la inviabilidad financiera del proyecto, la ejecución del Otrosí No. 1 en condiciones de desequilibrio financiero, y la prestación de construir una infraestructura sobredimensionada (Pretensión Declarativa 1.3), cuyos efectos en la economía del contrato al no ser imputables a la Concesionaria, superan las previsiones que razonablemente podía adoptar, resultaron anormales e imprevisibles y desbordan los riesgos asignados, por lo que no tiene el deber de soportarlos (Pretensión Declarativa 1.4); también

¹⁴ Cuaderno Principal No. 2, folios 112 a 120.

¹⁵ Cuaderno Principal No. 2, folios 112 a 120.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 2, folios 175 al 298.

¹⁷ Acta No. 16, Auto 27, Cuaderno Principal No. 2, folios 175 a 176.

son imposibles de conjurar considerando los registros históricos y proyecciones de la exportación de cemento a granel y empacado desde el puerto concesionado y con los ingresos del proyecto (Pretensión Declarativa 1.5).

Igualmente, pide declarar que no está obligado a ejecutar las inversiones a pérdida y contra su propio patrimonio (Pretensión Declarativa 1.6), que fracasaron los supuestos e hipótesis para ejecutar el contrato (Pretensión Declarativa 1.7), que ANI se sustrajo a la obligación de revisar el plan de inversiones y la tasa de descuento para preservar su valor presente (Pretensión Declarativa 1.8), por lo cual no puede exigir a la Concesionaria la ejecución de las inversiones resultantes de aplicar la tasa de descuento en cuanto estaría beneficiándose de su reluctancia (Pretensión Declarativa 1.9), y que, ante el fracaso de los supuestos e hipótesis de la ejecución del contrato, es procedente revisar el plan de inversiones y/o la tasa de descuento, en forma que el contrato se ejecute en condiciones de equilibrio financiero y la Concesionaria obtenga una rentabilidad razonable sobre las inversiones que realice (Pretensión Declarativa 1.10).

En subsidio, pretende se declare la inexigibilidad simultánea del valor máximo de las multas y de la penal pecuniaria, de una parte, y de otra, la tasa de descuento, pactadas en el contrato, frente al retardo en la ejecución del plan de inversiones, porque en tal caso, la entidad concedente se enriquecería injustamente a expensas de la Concesionaria (Pretensión Declarativa Subsidiaria a la 1.10).

También, para preservar el equilibrio económico solicita la revisión, y en subsidio, la terminación del contrato (Pretensiones de Revisión, 2.1) e imponer la condena en costas (Pretensión de Condena, 3.1)¹⁸.

Las anteriores pretensiones encuentran fundamento en los hechos que el Tribunal resume así:

¹⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 330 al 332.

En 2007, Cementos Argos S.A. solicitó al Instituto Nacional de Concesiones – INCO (hoy ANI) el otorgamiento de una concesión portuaria, para lo cual suministró la información que era requerida para tal fin.

Durante el curso de dicho trámite, en el que hubo aclaraciones y precisiones de la solicitante, ésta solicitó que tal procedimiento administrativo concluyera en favor de Zona Franca Argos S.A., hoy Demandante, lo cual así fue autorizado por la entidad estatal mediante Resolución 185 de 2009.

En esa oportunidad el INCO determinó las condiciones en que otorgaría la concesión, entre ellas, el valor de las contraprestaciones a cargo de ZFA, que se estableció con arreglo al CONPES 2680 de 1993 y teniendo en consideración tanto los ingresos calculados en el flujo de caja elaborado por la Demandante, como las inversiones a realizar. Por esto, la Demandante entiende que la base objetiva del negocio jurídico celebrado lo constituyeron “[e]l monto de las inversiones, la rentabilidad (TIR) sobre estas, así como los ingresos para amortizarlas”.

La concesión fue formalmente otorgada con Resolución 073 de 2010 del INCO y el 8 de marzo del mismo año fue suscrito el contrato de concesión. En dicho documento se acordaron, entre otros, el objeto del contrato -la ocupación en forma temporal y exclusiva de una zona de playas, bajamar y aguas marítimas accesorias junto con las construcciones e inmuebles por destinación que allí se encuentran, para la construcción, operación y el desarrollo de actividades portuarias de servicio privado-; el tipo de servicio y carga -servicio privado para una planta de producción de cemento y *clinker*-; las inversiones a cargo del concesionario -según se regularon en la cláusula séptima-; las contraprestaciones -que determinaron el valor total del contrato; entre otros.

El 27 de abril de 2010, la Demandante solicitó autorización para adelantar inversiones adicionales para habilitar un paso a nivel de vehículos transportadores de materia prima, lo que fue aprobado por el INCO en noviembre de ese año, con Resolución 461.

Mediante Decreto 4165 de 2010 el Gobierno Nacional convirtió al INCO en la Agencia Nacional de Infraestructura y los derechos y obligaciones del contrato celebrado con ZFA quedaron bajo la titularidad de esta última.

Posteriormente, en diciembre de 2010, la Demandante solicitó al INCO modificar el programa de inversiones, con fundamento en lo previsto en la cláusula séptima del contrato.

En agosto de 2011 insistió en la misma petición y presentó una propuesta que contemplaba el valor presente de las inversiones y solo afectaba las fechas de ejecución pactadas.

En febrero de 2012 la Demandante dio alcance a su solicitud y la reiteró en agosto del mismo año para indicar que su propuesta de modificación implicaba “*aplazar la construcción de la plataforma del muelle con la instalación de los siguientes equipos de despacho: cargador, banda de despacho entre torre de transferencia TT4, galerita del cargador y banda que alimenta la torre TT4.*”

En abril de 2013, ANI pidió a la Demandante allegar soportes contables de las inversiones efectuadas en 2010, lo cual así fue efectuado. Hecha la revisión, ANI concluyó que las inversiones ejecutadas no podían imputarse a las de 2010 por no haberse adherido a la red portuaria y, como consecuencia de ello, la Demandante trasladó esas inversiones a los años 2015 y 2016. Esta modificación del contrato y ajuste del cronograma del plan de inversiones se aprobó por ANI con Resolución 1651 y dio lugar a la suscripción del Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión en febrero de 2015. A juicio de la Convocante, la base de la modificación fue el “*incremento esperado de tráfico de carga*”.

Después de la suscripción de este Otrosí se presentaron hechos que afectaron la economía del contrato, como, la disminución de la demanda interna de cemento de Estados Unidos de América, por la oferta de terceros países, como Turquía y Grecia, que destinan sus excedentes a dicho país en precios que no son competitivos para ZFA. Esa situación generó una diferencia de los ingresos proyectados con los recibidos de más de USD\$ 3 000 000. También el mercado interno de cemento ha sido objeto de disminución por el aumento en importaciones de este material desde países como los ya mencionados, lo que ha convertido a Colombia en importador neto del *commoditie*. Tal circunstancia impide a ZFA y a cualquier otro participante colocar en el mercado internacional los 3.000.000 de toneladas que se tuvieron como premisa.

Por otra parte, el peso colombiano se ha devaluado sostenida y gravemente frente al dólar de los Estados Unidos de América -moneda en la que están pactadas las inversiones- y como efecto de ello se ha incrementado la onerosidad de las prestaciones de ZFA en el contrato.

En adición a lo ya mencionado, ANI ha insistido en aplicar la tasa de descuento para actualizar las inversiones; tasa que no es consistente con la real situación del mercado del cemento y de la destinación exportadora del puerto. Convertida a pesos la suma que corresponde a las inversiones a cargo de ZFA se ha incrementado en el 455 % de su valor y de exigirse la ejecución de inversiones actualizadas en 2019, ZFA tendría que soportar pérdidas de “*decenas de miles de millones de pesos*”.

Aunque la tasa de descuento pactada pretendía servir como mecanismo de ajuste de las inversiones, el acaecimiento de los hechos ya referidos, hizo que esa tasa no preserve las condiciones económicas y financieras que se tuvieron en consideración al momento de suscribir el Otrosí. Además de los efectos negativos para ZFA, la aplicación de la tasa referida también lleva a que se realice una construcción sobredimensionada para la cantidad de exportaciones que se manejarán en el puerto y que se prevé serán atendidas.

Desde finales 2015, por el fracaso de las proyecciones y supuestos que se tuvieron en cuenta para suscribir el Otrosí No. 1, las partes buscaron alternativas para modificar el contrato.

La Concesionaria ha insistido en modificar el plan de inversiones o la revisión de la tasa de descuento pactada para preservar el VPN, para lo cual presentó diversas propuestas de modificación que se vinculaban a estos temas e incluso al modelo financiero para calcular la contraprestación y el pago anticipado de esta última.

En ese intento se llevaron a cabo reuniones y se cursaron comunicaciones entre ellas, que desembocaron en la realización de la audiencia prevista en la Ley 1 de 1991 en la que se presentó la propuesta de modificación del contrato. En adición, y para mitigar el daño sufrido, ZFA presentó una solicitud de conciliación extrajudicial ante la Procuraduría Delegada para la Conciliación Administrativa en la que se explicaron los sucesos que alteraron la economía del contrato y se propuso una nueva fórmula de arreglo, que determinaba inversiones por valor superior a USD\$ 34 000 000, representadas en obras y equipos y en un predio adyacente a la zona de servicios del contrato.

Al parecer de la Concesionaria esta solución no afectaba sustancialmente el contrato al no reducir las inversiones, sino sustituirlas. Esa propuesta fue objeto de requerimientos por parte de ANI que fueron atendidos y se examinó por su Comité de Conciliación, quien concluyó que las obras iniciales, *“al no ser viables para el CONCESIONARIO, de acuerdo con las objeciones que ha presentado, no serían convenientes para la Nación.”* Sin embargo, condicionó su aceptación a la definición de varios asuntos, entre ellos, la conservación del valor presente de las inversiones, precisiones sobre el tema del inmueble a entregar y la aplicación de la metodología del CONPES 3744 en lo relativo al cálculo de la contraprestación. Para la Demandante las anteriores exigencias del Comité de Conciliación son contradictorias con la posición de la entidad durante la negociación y, además, *“ni financiera, ni legalmente pueden satisfacerse”*.

En cuanto a la aplicación de la metodología CONPES 3744, por ser aplicable a otra clase de beneficiarios de nuevos permisos portuarios y generar un “*drástico aumento*” del valor anual de la contraprestación.

En lo que se refiere a la conservación del VP de las inversiones señaló que ello implicaría un valor a ejecutar de USD\$ 53 778 255 (expresado en valores de 2019) y que la infraestructura resultante no resulta acorde con los volúmenes de exportación proyectados, ni sería aprovechable por el Estado al momento de la reversión. Para la Concesionaria la aceptación de esas exigencias haría que el valor presente neto del proyecto fuera negativo y que “*genere irrecuperables y millonarias pérdidas para el Concesionario.*”

Para la Demandante esa postura de ANI frustró el arreglo intentado, atentó contra la buena fe y empeño que puso la Concesionaria en superar las condiciones de excesiva onerosidad que ha enfrentado desde finales de 2015. Finalmente, el trámite conciliatorio se declaró fallido en audiencia celebrada en julio de 2018, por lo que la Concesionaria informó a ANI sobre su necesidad de acudir a los mecanismos de solución de controversias del contrato.

Paralelamente, ANI expidió la Resolución 1380 de 2018 con la cual declaró unilateralmente el incumplimiento de ZFA por le inexecución del cronograma de inversiones, hizo efectiva la cláusula penal pactada en el contrato e impuso multas a la Concesionaria.

En el parecer de la Demandante, ANI no evaluó de fondo las defensas de ZFA aduciendo que esta no se había ceñido a la ritualidad pactada en el contrato para conjurar aquello que impidió su cumplimiento respecto de las inversiones. Esa decisión fue objeto de impugnación mediante recurso de reposición que hasta la presentación de la reforma de la demanda no había sido resuelto.

Finalmente, la Concesionaria señaló que por haberse malogrado su intento de arreglo con ANI decidió ejecutar las inversiones propuestas en espera de la decisión de este Tribunal. Así fue como en julio de 2018 trasladó al Fideicomiso regulado en el contrato la suma de \$ 1

537 087 259 para sufragar lo que demanda la interventoría y pidió a la entidad demandada informar el estado de contratación de la mencionada interventoría.

Pasados 6 meses desde la transferencia de los recursos citados ANI no se había pronunciado al respecto y hasta la fecha de presentación de la demanda reformada no se había dado apertura al proceso de selección del interventor.

En el entretanto, la Concesionaria preparó y presentó a ANI el cronograma de su “*estrategia de mitigación de daños*”, acreditó la realización de los estudios y diseños para la intervención de la infraestructura portuaria y ha iniciado la ejecución de las inversiones en el puerto.

4.2. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA REFORMADA Y EXCEPCIONES INTERPUESTAS

La parte Convocada, en su contestación oportuna a la demanda reformada¹⁹, se pronunció sobre los hechos expuestos por la Parte Convocante, negó unos, aceptó otros, se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas e interpuso las siguientes excepciones:

- “1. De la inexistencia de la procedencia de la revisión al contrato por los riesgos asumidos por el concesionario*
- 2. De la falta de prueba en la causa del incumplimiento.*
- 3. Del deber de planeación, debida diligencia y de los actos propios empresariales que pudieron afectar el desarrollo del contrato de concesión portuaria*
- 4. Del Contrato no cumplido.*
- 5. De la Inexistencia de un Desequilibrio Económico del Contrato.*
- 6. Excepción Genérica”*

4.3. RÉPLICA A LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

¹⁹ Cuaderno Principal No. 2, folios 3 al 87.

La parte demandante, en la oportunidad legal recorrió el traslado de las excepciones de mérito que formuló la Demandada con la solicitud de práctica de una serie de pruebas adicionales a las ya solicitadas con la demanda inicial y su reforma. Asimismo, hizo un pronunciamiento sobre los medios de defensa que alegó su contraparte²⁰.

5. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS

Ejecutoriado el auto por el cual se asumió competencia, mediante Auto No. 11, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes²¹, así:

5.1. PRUEBAS DOCUMENTALES

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley y los aportados por algunos de los testigos en el transcurso de sus declaraciones.

5.2. TESTIMONIOS

Se decretaron los testimonios solicitados por las partes y practicaron los de las siguientes personas, cuyas intervenciones fueron grabadas y se incorporaron al expediente en su versión digital²²:

5.2.1. Carlos Horacio Yusty Calero (Vicepresidente de finanzas de Argos S.A.), practicado el veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019)²³.

²⁰ Cuaderno Principal No. 2, folios 92 al 100.

²¹ Cuaderno Principal No. 2, folios 112 al 120.

²² Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

²³ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

- 5.2.2. Gabriel Ignacio Ballestas Blanco (Gerente de Trading Argos S.A.), practicado el veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)²⁴.
- 5.2.3. Juan Esteban Calle Restrepo (Presidente de Cementos Argos S.A.), practicado el veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019)²⁵.
- 5.2.4. Santiago Jaramillo Botero (Gerente legal regional caribe de Cementos Argos S.A.), practicado veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019)²⁶.
- 5.2.5. Diana Ximena Corredor Reyes (Gerente Financiero GITF1-VGC -ANI), practicado el dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)²⁷.
- 5.2.6. José Román Pacheco Gallego (Gerente de Asesoría Legal 1), dieciocho (18) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)²⁸.

Las partes desistieron de la declaración de los testigos Juan Luis Múnera, Ana María Consuegra, Magda Constanza Contreras Morales, Andrés Augusto Becerra Moscoso, Adriana Milena Acosta Forero y Fernando Alberto Hoyos Escobar ²⁹.

5.3. DICTAMEN PERICIAL DE PARTE

Se decretó como prueba en su valor legal, dictamen pericial elaborado por el perito económico y financiero, Julio Villarreal Navarro, aportado por la Demandante el 26 de julio de 2019³⁰, del cual se corrió traslado a la Convocada por el término de tres días³¹.

²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

²⁶ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

²⁷ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

²⁸ Cuaderno de Pruebas No. 2, folio 306.

²⁹ Cuaderno Principal No. 2, folios 126 al 128.

³⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 550 al 576.

³¹ Cuaderno Principal No. 2, folios 126 al 129.

5.4. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE

Para los fines y efectos consagrados en el artículo 228 del Código General del Proceso consonante con el inciso 5° del artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, y la solicitud de la Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- se decretó la declaración del perito Julio Villarreal Navarro, que elaboró el dictamen pericial aportado por la Convocante, y se practicó el veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)³².

6. DURACIÓN DEL PROCESO Y TÉRMINO PARA FALLAR

Al tenor de los artículos 10 y 11 de la Ley 1563 de 2012, en caso de silencio en el pacto arbitral, la duración del proceso será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite “*al cual se adicionarán los días de suspensión*”- e “*interrupción por causas legales*”-, sin superar la solicitada de consuno por las partes de un “*tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días*”.

Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el once (11) de junio de dos mil diecinueve (2019), por lo cual dicho plazo vencería el once (11) de diciembre de dos mil diecinueve (2019). Sin embargo, por solicitud de las partes el proceso estuvo suspendido en los siguientes espacios de tiempo:

ACTA	FECHA DE SUSPENSIÓN	DÍAS HÁBILES
Acta No. 9, Auto 13 del once (11) de junio de dos mil diecinueve (2019) ³³	Del doce (12) de junio de dos mil diecinueve (2019) al once (11) de agosto de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas, con excepción del veintiséis (26) de julio de dos mil diecinueve (2019)	39

³² Cuaderno Principal No. 2, folios 157 al 161.

³³ Acta No. 9, folios 112 a 125 del Cuaderno Principal No. 2.

Acta No. 11, Auto 18 del veintiséis (26) de agosto de dos mil diecinueve (2019) ³⁴	Desde el veintisiete (27) de agosto de dos mil diecinueve (2019) al diecisiete (17) de septiembre de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas	16
Acta No. 13, Auto 22 del veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) ³⁵	Desde el veintiuno (21) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) al veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluida	19
Acta No. 14, Auto 25 del treinta (30) de octubre de dos mil diecinueve (2019) ³⁶	Desde el treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecinueve (2019) al seis (6) de noviembre de dos mil diecinueve (2019), ambas fechas incluidas	4
TOTAL DE DÍAS DE SUSPENSIÓN		78

La suspensión del proceso fue de setenta y ocho (78) días hábiles, que sumados a los del término de ley, llevan a concluir que éste vence el tres (3) de abril de dos mil veinte (2020)³⁷. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo en la fecha es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

³⁴ Acta No. 11, folios 138 al 143 del Cuaderno Principal No. 2.

³⁵ Acta No. 13, folios 157 a 161 del Cuaderno Principal No. 2.

³⁶ Acta No. 14, folios 167 a 169 del Cuaderno Principal No. 2.

³⁷ De considerarse que los días que adicionan el término del proceso son comunes y teniendo en cuenta las solicitudes de suspensión ya señaladas, el término del proceso se adicionaría en ciento veinte (120) días y vencería el once (11) de abril de dos mil veinte (2020).

II. CONSIDERACIONES

Para su decisión en derecho, el Tribunal analizará:

1. Los presupuestos procesales
2. La tacha de sospecha del testigo y el cuestionamiento al dictamen pericial de parte
3. Las pretensiones de la demanda arbitral reformada
4. Las excepciones interpuestas
5. Las costas

1. PRESUPUESTOS PROCESALES

Los “presupuestos procesales”³⁸, o sea, “*las condiciones necesarias para que la relación jurídico procesal nazca válidamente y en consecuencia se pueda decidir sobre el mérito de la cuestión litigiosa*”³⁹, se encuentran satisfechos.

Como ya se señaló en capítulo anterior, las partes acreditaron su existencia y representación legal, han comparecido por medio de sus representantes legales y sus apoderados judiciales, ostentan capacidad procesal, facultad dispositiva y, en desarrollo del derecho fundamental de acceso a la justicia, su libertad contractual o de contratación, autonomía privada dispositiva, están autorizadas por el ordenamiento jurídico para acudir al arbitraje en procura de solución de sus controversias contractuales y acordar pacto arbitral⁴⁰.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954. Gaceta Judicial LXXVIII No. 2145, Págs. 345 y ss.

³⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 15 de julio de 2008, Rad. 68001-3103-006-2002-00196-01: “[...] *elementos estructurales de la relación jurídica procesal, exigencias imperativas para su constitución válida o para proferir la providencia sobre el mérito del asunto, independientemente de su fundamento sustancial. [...] esto es, a la competencia del juez natural, la demanda en forma y la capacidad procesal para ser parte y comparecer a proceso*”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, Rad. 25000-23-26-000-2002-02193-01(29.652).

⁴⁰ Artículos 116 de la Constitución Política; 8º y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, 270 de 1996; 3º de la Ley 1285 de 2009 y Ley 1563 de 2012.

El Tribunal se instaló en debida forma, asumió competencia, decretó y practicó las pruebas solicitadas, garantizó en igualdad de condiciones el debido proceso y es competente para juzgar en derecho las diferencias contenidas en la demanda reformada, en su réplica y excepciones, por concernir a asuntos litigiosos, dudosos e inciertos, susceptibles de disposición, transacción y de naturaleza patrimonial, derivados de la celebración y ejecución del Contrato de Concesión No. 003 de 2010.

Tampoco se observa causa de nulidad del proceso y en los diversos momentos en los que se efectuó control de legalidad de la actuación ninguno de los intervinientes hizo reparos, ni tampoco el Tribunal estableció la necesidad de sanear la actuación.

2. LA TACHA DE SOSPECHA DE TESTIGO Y EL CUESTIONAMIENTO AL DICTAMEN PERICIAL DE PARTE

En el presente asunto, la entidad convocada tachó por sospecha al testigo Juan Esteban Calle Restrepo⁴¹, por su condición de Presidente de Cementos Argos S.A. y la dependencia que esa calidad le impone con dicha sociedad, que hace parte del grupo empresarial al cual pertenece la sociedad convocante. A juicio de la Demandada esa situación puede generar para el testigo un *“posible interés en relación con el presente proceso”*.

El Código General del Proceso, a diferencia de lo previsto en el derogado artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, no establece que el Juez deba pronunciar una decisión concreta sobre la tacha de un testigo, sino que al fallar apreciará el testimonio según las circunstancias de cada caso.

En efecto, dispone el artículo 211 del Código General del Proceso, lo siguiente:

⁴¹ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2.

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso” (Se subraya).

Según la norma podrá formularse tacha de un testimonio con expresión de las razones en que se funda, y el juez debe analizar el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Para el Tribunal la simple relación de un testigo con una de las partes, sea laboral, profesional, de dependencia o de otra naturaleza, no es suficiente para comprometer su credibilidad, ni existen motivos objetivos para descartar su dicho.

En consecuencia, valorará la declaración en conjunto con los demás elementos probatorios, por cuanto, *“desechar el testimonio, sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio pues dentro del sistema que adopta el Código General del Proceso para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, lo que debe hacerse es examinar el testimonio teniendo en cuenta las razones de la tacha para determinar “si detrás de sus afirmaciones se esconde la intención de favorecer a la actora o si, por el contrario, estas resultan coherentes, creíbles y verosímiles, vistas a la luz de la sana crítica y en conexidad con los demás medios de prueba aportados al proceso”*⁴².

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 13 de noviembre de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado Rad.: 41001-23-31-000-2000-03728-01 (31074).

Por otra parte, en su alegato de conclusión la Convocada formuló dudas sobre la imparcialidad del experto Julio Villarreal Navarro, al no relacionar en su información varios trámites arbitrales en los que fue perito, iniciados por otros concesionarios contra ANI, dentro de estos, algunos donde el grupo Argos participa en su composición accionaria, y, por las que considera “*apreciaciones subjetivas*”, al dirigirse en su declaración de contradicción a la “*convocante como si fuese parte de ella*”, conceptuar fuera de su competencia que el puerto está sobredimensionado, realizar sus estudios con documentos suministrados por la Demandante sin que los datos que soportan el dictamen concuerden con los de la entidad, como su modelo financiero, contener errores sobre la TRM, reconocidos en su interrogatorio (“*Un error de la gráfica, sí*”, p.54), integrar indebidamente los documentos contractuales, mezclando y omitiendo documentos que de haberlos considerado alteran sus conclusiones, incurrir en contradicciones y apreciaciones subjetivas (sobre la imprevisibilidad, crisis del mercado), yerros financieros, “*errores graves*” en la información base utilizada “*en la medida en que aducen que se basan en el modelo financiero del contrato pero las inversiones no corresponden en monto ni plazo con el modelo disponible en la agencia y lo reflejado en el contrato*”, el “*Modelo Financiero ZFAv26 está en precios constantes y el financiero de productividad en precios corrientes*”, efectuar cálculos subjetivos con suposiciones subjetivas no soportadas en documento contable o certificación de un revisor fiscal, omitir documentos y obligaciones contractuales en los cálculos financieros cambiando el equilibrio económico del contrato, escoger una sola metodología sin considerar otras y tener falencias que afectan sus conclusiones.

La imparcialidad del perito es un deber legal imperativo inherente a la garantía del debido proceso por referir al ejercicio recto, serio, objetivo, ponderado y reflexivo de la función. El perito desempeñará su labor “*con objetividad e imparcialidad*”, considerando “*tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes*”, quienes deben abstenerse “*de aportar dictámenes rendidos por personas en quienes concurre alguna de las causales de recusación establecidas para los jueces*”, (art. 232, C.G.P.). Por esto, “[e]n buena medida el valor de la prueba pericial reposa en la imparcialidad del perito y en sus conocimientos técnicos y científicos especializados” de

forma tal que una prueba pericial que no reúna tal requisito “no puede ser valorada como un peritaje” y “una decisión que se apoye principalmente en una supuesta prueba pericial que no reúne los requisitos señalados por las normas procedimentales que regulan la materia vulnera el debido proceso”⁴³. A dicho propósito, el juzgador, valorará la prueba pericial, “de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”. (arts. 232 y 235, C.G.P.). Del mismo modo, la eficacia probatoria del dictamen, además de la competencia e idoneidad del perito, la claridad, precisión y fundamentos, pende de la imparcialidad del experto, y la ausencia de todo “motivo serio para dudar” de la misma⁴⁴.

El Tribunal observa que la hoja de vida y la relación de casos en los que actuó como perito consigna algunos de los referidos asuntos y que, la falta de mención de otros trámites (rendidos en asuntos relativos a ANI, y, por tanto, conocidos por esta), no es un elemento suficientemente indicativo, *per se*, de suyo y ante sí, del cual pueda concluirse la parcialidad del experto, ni una duda razonable susceptible de comprometer su imparcialidad. En rigor, como se aprecia del desarrollo de la censura, las dudas conciernen al contenido del dictamen, y, por consiguiente, a la valoración de la prueba.

⁴³ Corte Constitucional, Sentencia T-1034 de 2006.

⁴⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 16 de mayo de 2014, Rad. 08001-31-03-011-2008-00263-01: “[...] Su eficacia probatoria, según se desprende del artículo 241 *eiusdem*, se halla condicionada a la conducencia que ostente el hecho cuya acreditación se pretende, a la idoneidad e imparcialidad del perito”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de septiembre 15 de 2017, Rad. 080012331000199812677 01: “La Sala ha considerado que la eficacia probatoria del dictamen de expertos requiere que: [...] (ii) el dictamen sea personal y contenga conceptos propios sobre las materias objeto de examen y no de otras personas, por autorizadas que sean, sin perjuicio de que pueda utilizar auxiliares o solicitar el concurso de otros técnicos, bajo su dirección y responsabilidad; (iii) el perito sea competente, es decir, un experto para el desempeño del cargo; (iv) no exista un motivo serio para dudar de su imparcialidad”; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 11 de octubre de 2017. Rad. 17001-23-31-000-1999-00630-01 (57.663); Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo de 2016, Rad. 470012331000199900704-01; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia del 18 de mayo de 2017, Rad. 73001-23-31-000-2005-00776-01; Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, Sentencia del 17 de mayo de 2007, Rad.: 05001-23-31-000-2000-03341-01 (AG).

Por lo anterior, el Tribunal valorará el dictamen en conjunto con los restantes elementos de convicción y la sana crítica, refiriendo, en cuanto sea pertinente, a los cuestionamientos que, sobre los análisis, sus soportes y conclusiones se han expuesto, tal como lo ha señalado la jurisprudencia citada por ANI en su escrito⁴⁵.

3. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA ARBITRAL REFORMADA

La demanda arbitral reformada formula un grupo de pretensiones declarativas, otro de revisión o terminación del contrato y una pretensión de condena, todas las cuales serán analizadas y decididas en conjunto al servirse de unas mismas consideraciones y por su conexidad indisociable. La pretensión subsidiaria a la pretensión declarativa 1.10, será analizada y decidida, en la medida en que, no prospere la principal.

3.1. LAS PRETENSIONES DECLARATIVAS PRINCIPALES

En el primer grupo de pretensiones de la demanda arbitral reformada aparecen las siguientes:

⁴⁵ En Sentencia de 9 de septiembre de 2010, Rad. 17042-3103-001-2005-00103-01, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expresó: “corresponde al juzgador en su carácter de autoridad suprema del proceso, [...], cuando el trabajo de los expertos carezca de soporte cierto, razonable o verosímil, ofrezca serios motivos de duda, contenga anfibologías e imprecisiones, contradiga las evidencias procesales o se funde en conjeturas, suposiciones o informaciones no susceptibles de constatación objetiva, científica, artística o técnica, se impone el deber para el juzgador de desestimar el dictamen pericial y sustentar su decisión en los restantes elementos probatorios. En idéntico sentido, si el concepto de los expertos, ofrece múltiples o diferentes conclusiones respecto de un mismo asunto, aspecto o materia, el sentenciador, podrá optar por cualquiera que le suministre el grado de certidumbre necesario para su decisión, según la consistencia, exactitud y aptitud de la respuesta conclusiva o, incluso extraer las propias apoyado en el material probatorio del proceso. En efecto, es “asunto pacífico en la jurisprudencia que el juzgador no se encuentra imperativamente obligado a acatar el dictamen pericial. [...] Esa prueba, como todas las demás, debe ser apreciada por el juez en conjunto con las demás que obren en el proceso y de acuerdo con las reglas de la sana crítica (art. 187 C.P.C.), labor que, tratándose de aquella, se realizará teniendo en cuenta la precisión, firmeza y calidad de sus fundamentos (art. 241 ib.), tarea en la que el juzgador goza de autonomía, [...]”.

“1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

1.1. *Que se declare que, con posterioridad a la suscripción del Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015 al Contrato de Concesión 003 de 2010, se han presentado los siguientes hechos, además de aquellos que resulten probados en el proceso:*

i. *Una reducción de la carga de cemento exportada desde el puerto concesionado con destino a los Estados Unidos de América, la cual ha estado por debajo de los volúmenes que se proyectaron movilizar tras su suscripción.*

ii. *Una reducción de los ingresos por la explotación del puerto concesionado, los cuales han estado por debajo de los que fueron proyectados para determinar el valor de las inversiones a recuperar en el plazo del Contrato de Concesión 003 de 2010 y el valor de las contraprestaciones por el uso exclusivo de las zonas de uso público y de la infraestructura disponible.*

iii. *Un incremento inusitado del número de toneladas de cemento a granel y empacado que se importa en Colombia.*

iv. *Una devaluación sostenida del peso colombiano frente al dólar americano que ha incrementado sustancialmente las inversiones expresadas en esa moneda extranjera, la cual no se ve compensada por los ingresos obtenidos por la exportación de carga desde el puerto concesionado.*

1.2. *Que se declare que tales hechos son imprevisibles, extraños y no imputables al Concesionario.*

1.3. *Que se declare que los anteriores hechos han producido, además de los que resulten probados en el proceso, los siguientes efectos sobre la economía del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015:*

i. *Una excesiva onerosidad en el cumplimiento y ejecución de las inversiones pactadas en el Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015 al Contrato de Concesión 003 de 2010, las cuales no se compadecen con la drástica reducción de los ingresos por la exportación de cemento a granel y empaçado desde el puerto concesionado.*

ii. *La inidoneidad de la tasa de descuento pactada en el párrafo primero de la cláusula 7ª del Contrato de Concesión 003 de 2010, la cual, además de no compadecerse con la drástica reducción de los ingresos por la exportación de cemento a granel y empaçado desde el puerto concesionado, incrementa desproporcionadamente el valor de inversiones que no podrán ser recuperadas en el plazo pactado para su amortización.*

iii. *Una inviabilidad financiera del proyecto, el cual no generará rentabilidad positiva para el Concesionario, sino que destruirá valor y le reportará pérdidas irre recuperables.*

iv. *La ejecución del Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015 al Contrato de Concesión 003 de 2010 en condiciones de desequilibrio financiero.*

v. *La obligación de construir una infraestructura portuaria sobredimensionada para los volúmenes de carga que se han movilizado y se proyectan movilizar desde el puerto concesionado.*

1.4. *Que se declare que los efectos producidos por tales hechos sobre la economía del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015, además de no ser imputables al Concesionario y superar las previsiones que razonablemente podía tomar, han resultado anormales e imprevisibles y desbordan los riesgos que le fueron asignados, por lo que este no tiene el deber jurídico de soportarlos.*

1.5. *Que se declare que los registros históricos y las proyecciones relacionadas con la exportación de cemento granel y empaçado desde el puerto concesionado y con*

los ingresos del proyecto muestran la imposibilidad de conjurar dichos efectos en la economía del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015 en lo que resta de su plazo de ejecución.

1.6. *Que, igualmente, se declare que el Concesionario no está obligado por la Ley, por el Contrato de Concesión 003 de 2010, ni por el Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015 a ejecutar las inversiones pactadas a pérdida y contra su propio patrimonio.*

1.7. *Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que fracasaron los supuestos e hipótesis para la ejecución del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015.*

1.8. *Que se declare que, a pesar de lo solicitado por el Concesionario, la ANI no acudió a revisar el plan de inversiones ni la tasa de descuento pactada en el Contrato de Concesión 003 de 2010 para preservar el valor presente de las mismas, sustrayéndose así a la obligación que le impone el numeral 8º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993.*

1.9. *Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que la ANI no puede exigir al Concesionario la ejecución de las inversiones que resultan de aplicar la tasa de descuento pactada, pues se estaría beneficiando de su reluctancia en la adopción de las medidas necesarias para mantener la equivalencia prestacional del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015.*

1.10. *Que se declare que, ante el fracaso de los supuestos e hipótesis para la ejecución del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015, es procedente la revisión del plan de inversiones pactado y/o de la tasa de descuento convenida para su actualización, de forma que el contrato se ejecute en condiciones de equilibrio financiero y el Concesionario obtenga una rentabilidad razonable sobre las inversiones que realice.”*

Las pretensiones se sustentan en los hechos reseñados en el acápite de la demanda arbitral reformada, cuya síntesis se hizo en precedencia. Para resolverlas, el Tribunal estudiará en primer lugar las posiciones de cada una de las partes respecto de cada pretensión y, enseguida, consignará las consideraciones de orden jurídico con apoyo en las cuales definirá las solicitudes bajo examen.

3.1.1. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

En el capítulo de los hechos la demanda reformada señala que con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 1 se presentaron “*una serie de eventos que han tenido consecuencias insospechadas sobre la economía del Contrato de Concesión*” (hecho 3.1). El primero de ellos consiste en que la atención de la demanda interna de cemento de los Estados Unidos de América se ha modificado ya que ha sido capturada por otros países que colocan sus excesos de capacidad instalada a precios con los que ZFA no puede competir.

Según la demanda, en los años 2016 y 2017 se presentó una diferencia de más de USD \$ 3 000 000 entre los ingresos proyectados en el modelo financiero y los ingresos por la explotación del puerto objeto de la concesión.

La irrupción de Turquía y Grecia en el mercado internacional del cemento es una circunstancia imprevista que hizo incrementar las ventas de ese producto por parte de dichos países a los Estados Unidos, lo que impactó en forma negativa las exportaciones de ZFA a ese destino amén de que incrementó las importaciones de cemento a Colombia.

A lo anterior se une “*una devaluación sostenida y grave*” (hecho 3.9) del peso colombiano frente al dólar de los Estados Unidos, lo cual incrementó la onerosidad en la ejecución de las prestaciones de ZFA.

Para la Demandante “*la inopinada exigencia de la ANI de que se aplique la tasa de descuento para actualizar dichas inversiones terminó por romper el equilibrio financiero del Contrato de Concesión*” (hecho 3.10).

Respecto de estos hechos que se invocan en la demanda, ZFA en sus alegatos finales se remitió, de manera principal, al peritaje de parte que aportó y subrayó lo siguiente:

- Según el peritaje, la reducción de carga de cemento exportada desde el puerto hacia los Estados Unidos de América implica que exista una diferencia entre los valores que fueron estimados en el modelo financiero con el volumen real de carga de granel sólido que ha sido movilizado.
- De la misma forma, según el peritaje, existe una diferencia entre los ingresos contemplados en la estructuración del contrato frente a los valores reales de tales ingresos.
- En relación con las importaciones de cemento, el perito señala que se ha mantenido una tendencia creciente desde 2006, con excepción de los periodos 2007-2008 y 2016-2017.
- En cuanto a la devaluación sostenida del peso colombiano frente al dólar, el peritaje sostiene que a partir de 2015 el peso empezó a devaluarse hasta llegar a niveles máximos en 2019.
- En cuanto al momento en que ocurrieron los hechos que invoca la Demandante, el perito sostiene que con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 1, se presentó un incremento inusitado de las exportaciones de cemento, proveniente de Grecia y Turquía, que se posicionaron en el mercado mundial del petróleo en perjuicio de países como Colombia.

- Así mismo, el perito afirma que, en 2014, antes de la suscripción del Otrosí No. 1, existían perspectivas justificadas respecto de la recuperación de la demanda interna de cemento en los Estados Unidos.

En relación con la imprevisibilidad de los hechos a los que se refiere la pretensión 1.2., en sus alegatos finales la Demandante precisa que *“Corresponden a hechos previstos al firmarse el Otrosí 1”, pero cuyos efectos para el contrato “han resultado ser tan anormales y diferentes de los planeados que tales riesgos se han tornado imprevisibles”*⁴⁶.

Sobre la pretensión 1.3. (i) alegó que se configuró una excesiva onerosidad en el cumplimiento y ejecución de las inversiones pactadas *“[e]n primer lugar, porque los ingresos –ventajas– derivados de la explotación del puerto han sido imprevisiblemente inferiores a los que se proyectaron al firmar el Otrosí 1. En segundo lugar, porque los costos –sacrificios– de acometer las inversiones se incrementaron de manera inusitada debido a la devaluación del peso y al efecto multiplicador que tiene la Tasa de Descuento”*⁴⁷. Mencionó que está probado que *“si se le obliga a ejecutar la inversión en el nuevo muelle aplicando la Tasa de Descuento, ZFA tendrá que soportar una pérdida superior a los USD\$29.548.029 (en un contrato que tiene un valor casi igual a este)”*⁴⁸. Sobre este aspecto también señaló que el modelo financiero, al cual ANI le ha negado su carácter contractual *“es la herramienta para establecer cuál era –en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993– la equivalencia entre derechos (ingresos) y obligaciones (costos) al momento de celebrarse el Otrosí 1”*⁴⁹. Arguyó también que *“la inejecución de una prestación que se ha tornado excesivamente onerosa por circunstancias sobrevenidas no equivale, desde el punto de vista jurídico, al incumplimiento culpable de la misma”*⁵⁰ y que *“[l]o que sucedió fue que ZFA se abstuvo legítimamente de ejecutar la prestación afectada mientras la ANI, primero, y el juez del*

⁴⁶ Página 28 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 191 reverso.

⁴⁷ Página 35 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 195.

⁴⁸ Página 48 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 201 reverso.

⁴⁹ Página 42 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 198 reverso.

⁵⁰ Página 42 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 198 reverso.

*contrato, luego, analizaban las medidas para conjurar su excesiva onerosidad y restablecer el equilibrio perdido. Por lo tanto, ZFA no tiene el deber de soportar la agravación de la onerosidad que genera la aplicación de la Tasa de Descuento por el desplazamiento de las inversiones*⁵¹.

En lo relativo a la falta de idoneidad de la tasa de descuento pactada en el Contrato a que se refiere la pretensión 1.3. (ii) señaló que, conforme lo regula el numeral 8° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, la idoneidad de una fórmula de revisión *“radica en que estas mantengan en la ejecución del contrato las condiciones técnicas y económicas existentes al momento de su celebración”*⁵² y que, por el contrario, se tornan *“inidóneas” “cuando no mantienen tales condiciones técnicas y económicas, debido al fallo de los supuestos para su aplicación”*⁵³, que es lo que en su entendimiento sucedió con la tasa de descuento pactada en el Otrosí No. 1 del Contrato de Concesión, pues las obras que la Concesionaria debe efectuar son las mismas inicialmente previstas, pero por efecto de la tasa de descuento han sufrido un incremento considerable en su *“valor financiero”*, pues tienen un costo cercano a los USD\$ 31 000 000 (a septiembre de 2019), pero, por efectos de la aplicación de la fórmula, se tasan en suma cercana a los USD\$ 60 000 000. Tal diferencia implicaría ejecutar obras no previstas o hacer pago en dinero a la entidad demandada, lo cual es inadmisibles a juicio de la Demandante por contrariar los pactos de las partes.

Sobre la inviabilidad financiera del proyecto (pretensión 1.3. (iii)), con apoyo en el dictamen financiero de parte que aportó, señala la Demandante que *“teniendo en cuenta los volúmenes actuales de carga movilizadas y considerando los tiempos y proporciones de las inversiones que ZFA considera factibles, se obtendría un VPN negativo de \$US -7.927.359 y una rentabilidad del 3,87% anual en términos reales. Es decir que los ingresos, considerando la situación actual del proyecto, no serían suficientes para recuperar las inversiones. Por lo*

⁵¹ Página 45 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 200.

⁵² Página 72 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 213 reverso.

⁵³ Página 72 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 213 reverso.

*tanto, las inversiones no tendrían un beneficio económico para la compañía y no se estarían explotando en su totalidad*⁵⁴.

En lo relativo a la ejecución del Otrosí No. 1 en “*condiciones de desequilibrio financiero*” - pretensión 1.3. (iv)- dice que tal circunstancia quedó demostrada con la prueba de la prosperidad de las pretensiones 1.3. (i) y 1.3. (ii).

Sobre la obligación de construir una infraestructura portuaria sobredimensionada a que se refirió en su pretensión 1.3. (v) alegó que el Dictamen Financiero de Parte demuestra que la inversión por realizar, aún sin aplicar la tasa de descuento, está de por sí sobredimensionada en relación con los registros históricos de carga y las proyecciones al respecto y, más aún, si se actualiza el plan de inversiones con la fórmula contractual.

Sobre lo reclamado en la pretensión 1.4. en cuanto a la inimputabilidad a la Concesionaria de los efectos relacionados en la pretensión 1.3. y su anormalidad e imprevisibilidad que desbordan los riesgos que le fueron asignados, por lo que no tiene el deber jurídico de soportarlos, en sus alegaciones dijo la Demandante que los hechos de los que se derivan esos efectos son posteriores a la celebración del Otrosí No. 1 (del 1 de febrero de 2015) pues se deben a “(i) *la súbita e imprevisible aparición de exportadores del mediterráneo que colocan a precios predatorios sus excesos de capacidad instalada en el mercado de EEUU y (ii) el crecimiento de la demanda de cemento en EEUU en niveles muy inferiores frente a los que se podían prever antes de la firma del Otrosí 1*”⁵⁵. También alegó que son extraños y ajenos a la Concesionaria por estar vinculados al comportamiento del mercado del cemento, que no está bajo su control, así como que son imprevisibles y anormales, a pesar de que los hechos fueron previstos en el Otrosí No. 1, no así sus efectos dañinos.

⁵⁴ Pagina 47 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 201.

⁵⁵ Página 13 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 184.

Por otra parte, en lo que se relaciona con la imposibilidad de conjurar los efectos a que se refieren las pretensiones 1.3. y 1.4 sobre la economía del contrato, en los términos de la pretensión 1.5. dijo que tal imposibilidad quedó probada con el Dictamen de Parte y con el testimonio de Gabriel Ignacio Ballestas Blanco, por cuanto con los volúmenes de carga actuales y el monto de las inversiones el VPN sería negativo, es decir, los ingresos no serían suficientes para recuperar las inversiones⁵⁶.

Sobre su pretensión 1.6. la Demandante señaló en su demanda reformada que “[d]e exigirse la ejecución de las inversiones actualizadas con la tasa de descuento (...) se haría soportar a ZFA una carga a la que no está obligado” (hecho 4.5.). Conclusivamente al respecto alegó que “desde el fallo del Consejo de Estado Francés de 30 de marzo de 1916, este es un principio claro: en los contratos de concesión, el contratista no soporta los riesgos anormales del contrato, sino las áleas (sic) normales del mismo”⁵⁷.

Por otra parte, respecto de lo reclamado en la pretensión 1.7., referida a la declaración de fracaso de los supuestos e hipótesis para la ejecución del Contrato de Concesión, en su demanda reformada señaló que “[n]o hay empresa nacional ni pública, ni privada que esté en capacidad de colocar en mercado internacional los tres millones de toneladas de cemento para las que se concibió el plan de inversiones de infraestructura del puerto” (hecho 3.8.). En su alegato final indicó que el fracaso aludido quedó acreditado con la prueba de las pretensiones 1.1. y 1.3.

En cuanto se refiere a lo demandado en la pretensión 1.8. de la demanda reformada (que ANI no acudió a revisar el Plan de Inversiones, ni la Tasa de Descuento) en el aparte 5 de los hechos de la demanda reformada dedicó un capítulo a relatar el inicio y frustración del proceso de arreglo directo de las diferencias entre las partes y en su alegato conclusivo

⁵⁶ Página 50 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 202 reverso.

⁵⁷ Página 51 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 203.

indicó que la existencia de este proceso era prueba suficiente de los hechos que dan prosperidad a la pretensión.

Sobre la declaración en el sentido de que ANI no puede exigir a ZFA la ejecución de las inversiones actualizada con la tasa de descuento porque ello le implicaría beneficiarse de su propia decisión de no acceder a reequilibrar las prestaciones del Contrato (pretensión 1.9) alegó que fue la prolongación de las negociaciones por culpa de ANI lo que implicó la aplicación de la tasa de descuento por el desplazamiento del cronograma de inversiones, lo que impide, a su entender, que esa entidad reclame las inversiones actualizadas. (Hecho 5.19). Alegó que *“el principio de buena fe impide que la conducta común de las partes de renegociar las prestaciones pactadas sirva para hacer más oneroso el débito de una y más provechoso el crédito de la otra cuando la renegociación no ha dado resultado”*⁵⁸.

Finalmente, sobre la pretensión 1.10, mencionó que *“[l]a revisión del Otrosí 1 también debe ordenarse por una situación parcialmente independiente del comportamiento imprevisible del mercado internacional del cemento y de la devaluación del peso que fue probada en el proceso. Esa situación es el “juego imperfecto de la fórmula de ajuste”. El juego imperfecto de la Tasa de Descuento pactada para preservar el valor presente de la inversión”*⁵⁹.

3.1.2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

Al contestar la demanda reformada, ANI se opuso a las pretensiones y manifestó que la obligación de realizar las inversiones a cargo de ZFA no está sujeta a los ingresos que derive la Concesionaria. Así mismo, sostuvo que en el Contrato no se limitó el mercado de la Concesionaria a los Estados Unidos, ni tampoco se estipuló que el cemento fuera el único producto a comercializar en el puerto.

⁵⁸ Página 87 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 221.

⁵⁹ Página 58 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 206 reverso.

Señaló también que los riesgos de demanda y de comportamiento del mercado fueron asumidos por la Concesionaria, circunstancia que no se modificó con el Otrosí No. 1.

Respecto de las pretensiones 1.1. y 1.2. ANI sostuvo que las proyecciones de carga a granel que realizó la Concesionaria en su propuesta para suscribir el Contrato no fueron modificadas por el Otrosí No. 1, fecha para la cual ZFA conocía del estancamiento del crecimiento de la demanda, así como de las nuevas condiciones del mercado del cemento. ANI hizo hincapié en el hecho de que ZFA conocía las condiciones del mercado y, en general, de aquellas atinentes a la celebración del contrato y a los efectos que tendría el desplazamiento de las inversiones.

En cuanto a la fluctuación de la tasa cambiaria, ANI estima que se trata de un riesgo que fue asumido por ZFA amén de que, si esta hubiera cumplido con el plan de inversiones conforme al cronograma acordado en el Contrato, el impacto de la tasa de cambio hubiera sido menor, pues al haberse desplazado dicha ejecución, el efecto por la fluctuación cambiaria que se reclama es superior.

De igual manera, ANI manifestó que *“deberá probarse y revisarse la existencia de daños u onerosidad que haya sufrido el concesionario aun cuando no ha realizado las inversiones, y si dicha onerosidad no proviene de la negligencia o la mora en la que hasta la fecha ha incurrido”* la Concesionaria, incluso en la ejecución del Otrosí No. 1.

Respecto de los hechos en los que se funda la pretensión, ANI contestó lo siguiente.

A pesar de que ZFA tenía conocimiento del mercado mundial del cemento al suscribirse el Otrosí No. 1, ANI autorizó el desplazamiento de las inversiones siempre que se garantizara el VPN respecto de estas últimas. Al igual que en el Contrato, en el Otrosí No. 1 las inversiones no quedaron sujetas a las condiciones de mercado, toda vez que deberían ejecutarse en 2015 y 2016. Por otra parte, para ANI, la explotación del puerto no quedó restringida únicamente al cemento *“sino a cualquier bien asociado al concesionario o sus*

vinculadas por lo que, los ingresos del concesionario podrían venir de distintas fuentes” y agrega que “Cementos Argos adquirió activos productivos en Estados Unidos entre 2005 y 2016 referente a plantas de producción de cemento”, lo que lleva a la entidad a poner en duda el verdadero impacto del desequilibrio o la onerosidad que ZFA invoca en este arbitraje.

Según ANI, el desplazamiento de las inversiones convenido a instancias de ZFA tuvo como consecuencia una agravación del impacto por la fluctuación de la tasa de cambio. De igual manera, al no haberse realizado las inversiones por parte de ZFA, no se pueden reconocer las pérdidas que hubiera generado.

Para ANI la tasa de descuento de los planes de inversión en este caso es una herramienta diseñada para preservar el equilibrio económico del contrato mas no debe entenderse como un mecanismo sancionatorio.

En sus alegaciones finales ANI reiteró su argumentación según la cual ZFA optó por suscribir el Otrosí No. 1 de 2015 a sabiendas de la existencia de la crisis del mercado en los Estados Unidos. Así mismo, ZFA al solicitar la modificación del plan de inversiones reconoció que las exportaciones desde el puerto se encontraban en crecimiento. En relación con la imprevisibilidad e irresistibilidad de la caída de las exportaciones de cemento, ANI alegó que ZFA tenía la carga de demostrar el nexo causal con el incumplimiento esto es que excedió *“los límites razonables asumidos en el contrato de concesión”*⁶⁰. También señaló que *“(…) nunca se observó alguna fuente de información contable o las fuentes de los datos y gráficas presentadas en la demanda y su reforma, que sustentaran la revisión del contrato.”*

ANI enfatizó en que no tiene obligación de garantizar ingresos mínimos al Concesionario para el cumplimiento de las inversiones, ni tampoco la rentabilidad proyectada por ZFA.

⁶⁰ Pág. 7 de las Alegaciones de ANI, Cuaderno Principal No. 2, folio 236 reverso.

En lo que concierne al incremento inusitado de las importaciones de cemento a Colombia, ANI señaló que no existe prueba de dicha situación, ni tampoco del nexo que pueda tener esa con el incumplimiento por parte de ZFA.

Respecto de la fluctuación de la tasa de cambio, ANI enfatiza en que no se le puede trasladar a la entidad, cuando fue ZFA quien no ejecutó en forma oportuna el plan de inversiones a pesar de haber asumido el riesgo cambiario y financiero —asunción que se ratificó en el Otrosí No. 1— y de no haber observado el deber de planeación.

En términos generales, ANI sostuvo que no existe prueba de la existencia de la ocurrencia de los hechos que invoca ZFA y mucho menos de que estos hayan sido imprevisibles, extraños y no imputables a la Demandante.

Sobre lo planteado en la pretensión 1.3. (i) reiteró que cuando se suscribió el Otrosí No. 1 de 2015, ZFA no había dado cumplimiento a las inversiones que se había comprometido desde 2010 y solo manifestó su voluntad de inicio de tales trabajos desde 2018, por lo que le corresponde probar la existencia de daños u onerosidad que haya sufrido ZFA, aun cuando no ha realizado las inversiones, y si tal onerosidad no es imputable a la misma ZFA por no haber cumplido con lo pactado. Señaló también *“la reducción del ingreso es un riesgo del concesionario”* y, además, le parece contradictorio, que se alegue tal disminución, *“cuando se observa que el conglomerado de ARGOS presentó un aumento de capacidad en Estados Unidos directamente al hacer varias adquisiciones en dicho país.”*

Sobre la idoneidad de la tasa de descuento pactada (1.3. numeral ii) señaló que se acordó en 14,60 % anual (WACC en corrientes), fue conocida de antemano por ZFA antes de suscribir el contrato, como mecanismo de revisión del Plan de Inversiones, como aparece en el modelo financiero que elaboró para determinar contraprestación y plazo del proyecto, y que, incluso, la misma fue ratificada en el Otrosí No. 1 de 2015, sin que se hubiese alegado no idoneidad por parte de ZFA.

En relación con la viabilidad y el desequilibrio financiero (iii y iv) mencionó que para el momento de suscripción del contrato “*el concesionario NO manifestó algún tipo de inviabilidad financiera*” y, de hecho, quedó claro que el contrato presentaba un cierre financiero en los parámetros del “*CONPES 2680 de 1993, con una rentabilidad de cierre del 14,60% (WACC en corrientes)*”. Adicionalmente, señaló que la obtención de la rentabilidad era carga del concesionario y que aún restan 10 años para el vencimiento de la concesión y recibirla. En cualquier caso, insistió que ZFA no puede alegar pérdidas sin haber efectuado algún tipo de inversión.

Sobre el efecto de construir una infraestructura sobredimensionada (v.) indicó que lo pactado en el contrato era construir primero la infraestructura para aumentar la carga que recibiría y no al contrario y que el plazo señalado en el Otrosí No. 2 para concluir las obras no quedó condicionado a ningún volumen de carga.

Sobre lo reclamado en las pretensiones 1.4. y 1.5. ANI señaló que pasados solo unos meses desde la suscripción del contrato, ZFA presentó solicitudes al INCO de modificación del cronograma de inversiones por causa de “*las condiciones del mercado internacional del cemento y de otros productos asociados a su proceso productivo*”, de lo que queda claro que si desde ese momento ZFA tuvo en cuenta el comportamiento del mercado internacional del cemento, podía haber previsto y determinado los efectos “*frente a lo que se comprometía con la suscripción del otrosí No. 1 de 2015 y que ahora alega como circunstancias que alteraron el equilibrio económico.*”

En sus alegaciones finales arguyó también que las pretensiones declarativas 1.3. y 1.4. son consecuenciales de las pretensiones declarativas 1.1. y 1.2., por lo que el fracaso de estas conlleva el de aquellas. También, en lo que atañe a la pretensión 1.5., argumentó que “*(...) los hechos alegados por la convocante no son imprevisibles, su actuar no ha sido diligente y prudente, en especial en lo que respecta a los estudios y proyecciones al contrato. Así mismo, no se prueba la imposibilidad económica de ejecutar el proyecto*”. Dijo que, por el contrario, con las declaraciones del perito Villarreal y del señor Carlos Horacio Yusty quedó

demostrado que el Concesionario sí ha recibido ingresos por la explotación del puerto privado, a pesar de que hasta ahora, 10 años después de celebrado el contrato, *“decidió iniciar con las inversiones establecidas en el mismo”*.

En cuanto se refiere a la pretensión 1.6. señaló que tratándose de APP el deber de planeación se exige con mayor rigor al privado.

Sobre lo demandado en la pretensión 1.7. insistió en que los “supuestos e hipótesis” para la ejecución del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí No. 1 del 27 de febrero de 1993 que alude la demanda *“obedecen a apreciaciones subjetivas del concesionario”*. La misma calificación le otorgó a la reclamación de la pretensión 1.8.

En sus alegatos reiteró que la 1.6. pretensión debe ser negada por cuanto quedó acreditado que *“que los hechos alegados por la convocante no son imprevisibles, su actuar no ha sido diligente y prudente, en especial en lo que respecta a los estudios y proyecciones al contrato. Así mismo, no se prueba la imposibilidad económica de ejecutar el proyecto”*, lo que, en su entendimiento, da lugar también a la negativa de la pretensión 1.7. Igualmente, en cuanto se refiere a la pretensión 1.8., insistió en que debe ser rechazada porque se encuentra acreditado que *“[l]a Entidad ha realizado una vigilancia y control al Contrato de Concesión desde el año 2010 y ha actuado de buena fe y de manera transparente buscando soluciones para la ejecución efectiva del contrato. la buena fe de ANI”*.

En su contestación a la demanda reformada, al referirse a la pretensión 1.9. ANI alega que es ZFA quien falta a la buena fe contractual, pues en el tiempo de ejecución del contrato -9 años aproximadamente- dicha sociedad no ha cumplido con las obligaciones pactadas. Y al alegar de conclusión fundamentó la falta de prosperidad de esta súplica en las mismas razones relativas a la pretensión 1.8.

En relación con la procedencia de la revisión del plan de inversiones y/o tasa de descuento referida en la pretensión 1.10 señaló al contestar la demanda reformada que *“... el fracaso*

de los supuestos e hipótesis para la ejecución del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí No. 1” es una posición subjetiva del concesionario” y que, en todo caso, tales supuestos e hipótesis fueron realizados por el. Concluyó con que no le han sido demostradas “aleas anormales” surgidas con posterioridad a la celebración del Otrosí No. 1. En su alegato de conclusión dijo que “en el presente trámite, la convocante no logró probar los eventos eximentes, y su debida diligencia. Por el contrario, se prueba es que desea modificar el contrato a fin de obtener los ingresos proyectados por ellos, nuevamente, sin que ello signifique una pérdida, además, irrecuperable, tal y como afirma” así como que ZFA “no puede desconocer los actos propios y alegar su propia culpa para la procedencia de una modificación contractual ante supuestos fracasos proyectados por él mismo, respecto de la viabilidad del contrato de concesión 003 de 2010 y su Otrosí No. 1 de 2015.”

3.1.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para el Ministerio Público, ZFA a sabiendas de la situación del mercado internacional y de las condiciones de ejecución, tenía la responsabilidad contractual de ajustar el negocio jurídico, pese a lo cual no lo hizo con ocasión del Otrosí No. 1, cuando pudo “mitigar estos riesgos”. Según el Ministerio Público, ZFA optó por mantener los riesgos asumidos, conducta que no estima razonable. Por tal razón, no parece “configurarse el elemento de imprevisibilidad” y más bien “a todas luces corresponde a una valoración del apetito de riesgo por parte del concesionario”⁶¹.

3.1.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

3.1.4.1. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS QUE SE PLANTEAN

El análisis y la decisión de las pretensiones 1.1. y 1.2., así como el examen de los hechos en los que ellas se fundan se hará en función del marco de las demás pretensiones de la

⁶¹ Pág. 43 del concepto del Ministerio Público, Cuaderno Principal No. 2, folio 293.

demanda reformada, en particular aquellas contenidas en los numerales 1.3. y 1.4., en la medida en que con este primer grupo de súplicas la Demandante persigue, en términos generales, que se declare que la ocurrencia de los hechos que invoca fue imprevista, imprevisible, sobreviniente y además le es ajena y extraña y, por lo mismo, no le son imputables. En el evento en que se acceda a este primer grupo de pretensiones declarativas, la demanda reformada solicita que se declare que la ocurrencia de los hechos que alega tuvo los efectos sobre la economía del Contrato a los que se refiere la pretensión 1.3. que, de modo general, conciernen a la excesiva onerosidad en el cumplimiento y en la ejecución de las inversiones, la falta de idoneidad de la tasa de descuento, la inviabilidad financiera del proyecto y la ejecución del Otrosí No. 1 en condiciones de desequilibrio financiero.

Dentro de este marco de análisis y en la perspectiva que se ha acotado, corresponde entonces identificar los principales problemas jurídicos que entrañan estos primeros grupos de pretensiones.

En relación con la Teoría de la Imprevisión, el primer asunto que amerita un análisis se refiere a la oportunidad o el momento en el que ocurrieron los hechos que son materia de examen en este punto. Conforme se lee en la pretensión 1.1., el marco temporal de estas súplicas corresponde al período transcurrido con posterioridad al Otrosí No. 1 ya que se invoca la ocurrencia de hechos después de la celebración del Otrosí No. 1 de 27 de febrero de 2015.

En segundo lugar, la demanda reformada se refiere al impacto que algunos de tales hechos pudieron tener en los volúmenes de producto que ZFA proyectó movilizar desde el puerto, así como en la reducción de ingresos de la Demandante que, según esta, se encuentran por debajo de los que fueron proyectados para determinar el valor de las inversiones y el valor de la contraprestación. Ese punto implica determinar si la concesión materia de este arbitraje contempló un ingreso determinado o mínimo para la Concesionaria y si se estructuró en función del volumen de producto para movilizar en el puerto, de suerte que ZFA obtuviera un ingreso específico, planteamiento que ha esbozado ANI.

En cuanto a la inversión a la que se obligó la Concesionaria, será necesario examinar, en este capítulo, los efectos que sobre ella haya podido tener la devaluación del peso y si dicha inversión guarda alguna relación con los ingresos obtenidos por ZFA en la explotación del puerto, en tanto la demanda reformada invoca que dichos ingresos deberían “compensar” la inversión.

Esta problemática será analizada también a la luz de las condiciones especiales que invoca ZFA en su demanda reformada respecto de tales hechos. En otras palabras, deberá examinarse si estos ocurrieron en forma sobreviniente, esto es con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 1, si su ocurrencia resultó imprevisible para ZFA y si en ese contexto los hechos y las consecuencias que de ellos pudieron derivarse le son ajenas y extrañas al Concesionario, hasta el punto que no le sean imputables.

No puede pasarse por alto, entre otras razones porque ANI lo invocó desde la contestación a la reforma de la demanda, la eventual situación de incumplimiento en la que pudo haber incurrido ZFA en la ejecución del contrato y la incidencia que esta haya tenido en la situación de onerosidad y desequilibrio por la que reclama en este trámite. Al término del proceso resulta claro que el presunto incumplimiento de ZFA ha sido invocado por ANI en varios apartes y con distintos alcances, razón por la cual esta providencia se ocupa de esta temática con mayor extensión en otro acápite, pero en lo que concierne a las pretensiones que se examinan en este capítulo no puede soslayarse la argumentación de la Demandada enderezada a que se valoren las circunstancias de incumplimiento que le enrostra a ZFA y que, según su argumentación, se relacionan estrechamente con la situación por la cual se promueve este litigio, esto es que al situarse la propia ZFA en situación de incumplimiento, propició la ocurrencia de los efectos económicos negativos en la ejecución, por los cuales reclama.

El estudio y análisis de estas materias determinarán, en buena medida, el enfoque y la definición de pretensiones que a juicio del Tribunal se deducen como consecuenciales de las

que ahora se examinan y que se refieren a los efectos que los hechos “*imprevisibles, extraños y no imputables al Concesionario*” (pretensión 1.2.) hayan producido en la economía del Contrato y del Otrosí. Es así como en la pretensión 1.3. de la demanda reformada se solicita que se declare que “*los anteriores hechos*” han producido los efectos que se enuncian en la economía del contrato, “*además de los que resulten probados en el proceso*”. La estructura de dicha pretensión y su desarrollo en las alegaciones finales de la Demandante permiten concluir que se trata de una declaración de carácter consecuencial en la medida en que se funda o parte de la base de que “*los anteriores hechos*”, esto es aquellos a los que se refieren las pretensiones 1.1. y 1.2., además de los que resulten probados, tuvieron efectos en la economía del contrato, en particular en la situación de mayor onerosidad y desequilibrio que aduce ZFA.

Las demás pretensiones, esto es, 1.5., 1.6., 1.7., 1.8., 1.9. y 1.10., en tanto están vinculadas con las declaraciones que se pretenden en las demás pretensiones ya citadas, refieren, en general, a los mismos temas ya mencionados, por lo que serán consideradas en conjunto con el análisis que de ellos se haga.

Para la resolución de las peticiones declarativas de la demanda reformada a que se refiere este aparte, en primer lugar, el Tribunal hará un análisis del contrato celebrado y su régimen legal, para luego referirse a la asignación de riesgos y a las instituciones jurídicas involucradas en la controversia.

3.1.4.2. EL CONTRATO CELEBRADO Y SU DISCIPLINA JURÍDICA

Con el fin de resolver las controversias sometidas a consideración de este Tribunal, se precisa, en primer lugar, analizar a la luz de las disposiciones legales aplicables, tanto la naturaleza del Contrato celebrado como las principales obligaciones que surgen para cada una de las partes.

3.1.4.2.1. MARCO NORMATIVO DEL CONTRATO. LEY 1 DE 1991 Y CONPES

Consecuencia de una política de Estado encaminada a la búsqueda de la eficiencia y expansión de la actividad portuaria, se expidió en el año 1991 la Ley 1, “*Estatuto de Puertos Marítimos*”, mediante el cual se regula dicha actividad en el territorio nacional. La norma establece en su artículo primero:

“En desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, de acuerdo con esta Ley”.

En la misma disposición se definen como principios generales de la actividad los siguientes:

- El interés público en cuanto a la creación, mantenimiento y funcionamiento continuo y eficiente de los puertos.
- La libertad de los particulares de construir, mantener y operar puertos y prestar servicios portuarios.
- La relación entre la tarifa y la remuneración del concesionario.
- La prohibición de cualquier práctica que tenga el propósito o el efecto de generar competencia.
- La interpretación y aplicación de las normas de la ley conforme a los principios anteriores.

En la definición de actividad portuaria consagrada por el artículo 5° de la misma Ley se incluyen la construcción de los puertos, embarcaderos y obras en áreas marinas, todas ellas en procura de la eficiencia y continuidad de la actividad. Esta norma, además, es concordante con los artículos 70 y 72 de la Ley 336 de 1996 que, al regular la actividad del servicio público del transporte señalaron que el transporte marítimo es un servicio público esencial y que las actividades que se prestan en puertos son servicios conexos al del transporte público.

Para el análisis que aborda el Tribunal con base en la transcripción anterior concluye que, con total prescindencia de que el puerto sea destinado al servicio privado, el concepto de interés público se predica de toda la actividad portuaria.

En desarrollo de las previsiones de la Ley, se determina que el marco para la definición de los denominados Planes de Expansión Portuaria debe ser recogido en un documento CONPES y expedido por un decreto reglamentario de los planes y programas de desarrollo económico y social, de las obras públicas que apruebe el Congreso, planes en los cuales se definen entre otras, las políticas generales en cuanto a la conveniencia de las inversiones:

“la metodología que debe aplicarse de modo general al establecer contraprestaciones por las concesiones portuarias”⁶²

Así las cosas, es claro que la celebración de cualquier contrato de concesión portuaria está enmarcada dentro de las regulaciones de una política pública encaminada a regular esta actividad y en consecuencia, las estipulaciones contractuales deberán interpretarse siempre en función del interés público y de la prestación eficiente y continua del servicio, contenidas tanto en la Ley 1 de 1991 y normas complementarias, como en los decretos reglamentarios que recogen los planes de expansión portuaria.

3.1.4.2.2. NATURALEZA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA

El mismo artículo 5° de la citada Ley 1 de 1991 en su numeral segundo establece:

“La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de

⁶² Ley 1 de 1991, artículo 2, numeral 2.4.

bajamar y zonas accesorias a aquellos o a estos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.⁶³

Los contratos de concesión portuaria celebrados con posterioridad a la expedición de la Ley 80 de 1993 conservan el régimen del Decreto 222 de 1983 bajo el concepto de contratos estatales y no solamente en su formación sino en su ejecución, cumplimiento y potestades excepcionales de la administración, se rigen tanto por la Ley 1 de 1991 como por los principios y disposiciones de la contratación estatal.

En efecto, la Ley 80 de 1993 regula en forma general el contrato de concesión en su artículo 32.

A este respecto es pertinente citar al tratadista Ramiro Saavedra Becerra quien sobre el particular afirma:

“Desde la perspectiva doctrinal, Blanquer Criado recuerda como para León Duguit el contrato de concesión mezcla en su clausulado la regulación de la relación entre la Administración y el particular concesionario, junto con la regulación general del servicio público que se está concesionando. Así, en el contrato de concesión se presentan dos situaciones jurídicas diferentes: las subjetivas, que regulan el vínculo obligacional entre las partes, y los objetivos, que regulan el ordenamiento general del servicio. Esta noción encuadra simétricamente con el contrato de concesión portuaria.”⁶⁴

Ahora bien, el mismo numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley señala las siguientes características propias de este tipo de contrato de concesión.

⁶³ En cuanto la Ley 1 de 1991 se expidió bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983⁶³ que establecía la diferencia entre contratos administrativos y contratos de derecho privado de la administración, acogió entonces para definir la naturaleza del contrato, la norma vigente en ese momento.

⁶⁴ SAAVEDRA, Ramiro. El contrato de concesión portuaria: un instrumento para la modernización en Colombia. Revista Infraestructura y Derecho, Primera edición, Editorial Legis, página 127.

- La ocupación y utilización es temporal y exclusiva.
- Para la construcción y operación de un puerto
- A cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación.
- Los bienes que se entregan en concesión son “playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias”.

A este respecto se resalta que estos bienes, conforme al artículo 166 del Decreto 2324 de 1984 están incluidos dentro de la categoría de bienes de uso público y en concordancia con esa naturaleza, el artículo 6° de la ley señala que se requiere una concesión para ocupar y usar dichas zonas.

En este sentido se ha pronunciado también la doctrina al señalar que:

*“el empresario requiere un título legal para ocupar dichos bienes de uso público. En el derecho colombiano la figura que confiere ese título legal es el contrato de concesión portuaria.”*⁶⁵

Consecuencia de la naturaleza de esos bienes, el artículo 8° de la Ley 1 de 1991 desarrolla la temporalidad para garantizarla mediante dos mecanismos: primero, al establecer un plazo de vigencia de 20 años, tema éste que además, fue ampliamente analizado por la Corte Constitucional al revisar la exequibilidad de la norma⁶⁶, y segundo, al exigir que “*todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquella*”.

⁶⁵ GUTIÉRREZ HERRÁN, Oscar Fabian, Derecho Portuario Colombiano, Editorial Ibañez, 2011, página 97.

⁶⁶ Corte Constitucional Sentencia C-068 de 2009.

Con base en la interpretación de los principios y disposiciones generales citadas anteriormente, y en tanto conforme a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 80 de 1993⁶⁷, le son aplicables a los contratos estatales las normas del derecho civil y comercial, en aquello que no riñan con el interés público o salvo en las materias particularmente reguladas por la propia Ley 80 de 1993, se puede concluir que, en la clasificación general de los contratos, el contrato de concesión portuaria.⁶⁸

- Es un contrato estatal que se rige por la Ley 1 de 1991 y por las disposiciones de la Ley 80 de 1993 en cuanto a los contratos de concesión, en tanto ésta derogó el Decreto 222 de 1983.⁶⁹
- Es bilateral y conmutativo del cual surgen derechos y obligaciones recíprocas para las partes, que, en principio, son equivalentes (artículo 1496 y 1498 del Código Civil).
- Es oneroso en cuanto existe la obligación del concesionario de pagar una contraprestación al Estado a cambio del derecho a utilizar y explotar un bien de uso público y realizar a su costo unas inversiones porque, además, a partir de la Ley 1 de 1991 se abolieron las concesiones gratuitas (artículo 1497 del Código Civil).
- Es de ejecución sucesiva y concede un derecho temporal durante su vigencia, que, en principio, no puede exceder de 20 años.

En cuanto al objeto de la prestación debida por el concesionario nacen a su cargo dos tipos de obligaciones relacionadas con la remuneración: de una parte, una obligación de dar que consiste en el pago de la contraprestación; de otra parte, una obligación de hacer que se

⁶⁷ “Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley”.

⁶⁸ El Laudo del Tribunal de Arbitraje de Palermo Sociedad Portuaria S.A. contra Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena (CORMAGDALENA) contiene análisis de la naturaleza del contrato de concesión portuaria.

⁶⁹ “Artículo 13. De la normatividad aplicable a los contratos estatales. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2º del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley. Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.”

concreta en la ejecución de las inversiones en los términos, montos y plazos en que fue convenida.

La satisfacción del interés del Estado se obtiene durante el término de la concesión con el pago de la contraprestación periódica por el concesionario y al tiempo de la expiración con el derecho a la reversión de la infraestructura. En consecuencia, la entidad estatal sí tiene un interés económico en recibir el pago de ambas obligaciones, en cuanto la primera corresponde a una suma de dinero por permitir la explotación de un bien de uso público y la segunda, está encaminada a recibir un bien económicamente eficiente para la atención del servicio portuario, ya directamente o mediante la entrega de una nueva concesión.

En el mismo sentido, puede sostenerse, que la equivalencia de la prestación está representada en el derecho que le asiste al concesionario de usar y explotar el bien durante el término de la concesión, en función de permitirle recuperar el monto de las inversiones con la explotación de su actividad o negocio planteado.

El Tribunal entonces, no comparte la afirmación de ANI en la página 12 del concepto único para la conciliación, cuando afirma que *“y a pesar que es claro que el Estado no recibiría lo que inicialmente tenía establecido recibir es coherente para la entidad el argumento plasmado por el concesionario referente a no exigir la ejecución de construcciones de infraestructura que no se operarían por parte de la Zona Franca Argos S.A.S.”*⁷⁰ porque, se repite, en los contratos de infraestructura portuaria hay un interés público de largo plazo encaminado a la expansión de los puertos en beneficio del comercio exterior y la economía en general y fue éste precisamente el supuesto que inspiró la expedición de la Ley 1 de 1991 y los planes aprobados por el CONPES.

⁷⁰ Afirmación de ANI en el concepto integral sobre la conciliación extrajudicial en derecho entre Zona Franca Argos S.A.S y ANI del 23 de febrero de 2018. Obra en el CD que aparece a folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

3.1.4.2.3. EL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA CELEBRADO ENTRE ZONA FRANCA ARGOS S.A.S Y EL INCO

Con base en las anteriores consideraciones generales, aborda el Tribunal el estudio del Contrato de Concesión Portuaria celebrado entre Zona Franca Argos S.A.S. y la Agencia Nacional de Infraestructura, cuya ejecución dio lugar a las controversias que se deciden en este Laudo.

El Contrato de Concesión Portuaria No. 003 se suscribió entre el INCO y Zona Franca Argos S.A.S. en desarrollo de la Resolución 073 del 17 de febrero del año 2010, tal y como fue modificada por el INCO mediante Resolución 99 del 5 de marzo de 2010⁷¹.

3.1.4.2.3.1. ANTECEDENTES Y ETAPA PRECONTRACTUAL

La Ley 1 de 1991 puede considerarse el primer antecedente normativo para la celebración de alianzas entre particulares y el Estado en tanto, por primera vez consagró la posibilidad de que la iniciativa para la celebración del contrato tuviere origen en la manifestación de voluntad del particular, quien tiene la potestad de estructurar el proyecto y analizar su conveniencia y rentabilidad.

Así lo señala con claridad el artículo 9° de la Ley en los siguientes términos:

“Artículo 9 Petición de concesión. Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos.”

⁷¹ El 26 de febrero de 2010 la Asamblea General de Accionistas de Zona Franca Argos S.A. adoptó la decisión de transformarse en sociedad por acciones simplificada y bajo esta forma societaria se celebró el contrato.

La misma disposición, a continuación del postulado transcrito, señala los requisitos de la solicitud, en concordancia con la reglamentación expedida mediante el Decreto 838 de 1992⁷².

En desarrollo del artículo 9° de la Ley y su decreto reglamentario, la sociedad Cementos Argos S.A. presentó ante el INCO el 12 de septiembre de 2007⁷³ la solicitud de concesión portuaria para la planta Colclinker en Cartagena de Indias.

Del alcance de dicha solicitud, son relevantes para el estudio que adelanta el Tribunal los siguientes aspectos:

- La concesión se solicitó por un término de 30 años y *“con la solicitud de concesión se presentaría el modelo de evaluación financiera de proyecto y se pedirá el plazo de concesión necesario para recuperar las inversiones”*⁷⁴.
- La peticionaria era titular de una concesión portuaria *“para el cargue y descargue de carbón propio”* otorgada por la Armada Nacional, por un término de 20 años que vencían en el año 2010.
- La concesión solicitada se operaría en la misma infraestructura de la concesión otorgada en el año 1994 *“infraestructura que será revertida a la Nación una vez venza el plazo de homologación consagrado en la Resolución No. 169 de 1994, y será solicitado (sic) en concesión nuevamente”*⁷⁵.
- El terminal marítimo para servicio privado se destinaría al servicio de *“su planta de producción de cemento y Clinker ubicada en Cartagena”* y se desarrollaría en dos fases: La primera, la actualización y remodelación de la infraestructura portuaria, para el manejo de graneles y empacados propios de la actividad cementera. La segunda, la construcción de muelles adicionales para barcos y barcazas y la

⁷² Derogado por el Decreto 4735 de 2009 vigente al momento de celebrarse el Contrato.

⁷³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 1 y siguientes.

⁷⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 11.

⁷⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 7.

adecuación de áreas adicionales para el manejo de graneles en la zona adyacente de servicios o en los terrenos aledaños de propiedad de Álcalis de Colombia S.A.

- Los ingresos tendrían origen tanto la exportación de cemento a granel y de Clinker, y exportación de cemento blanco como a la exportación de operaciones de carbón, así como operaciones de descargue de materias primas importadas.
- La peticionaria estimó los volúmenes de carga en toneladas, tanto para la primera fase como para la segunda.
- El puerto sería de servicio privado, que al tenor del numeral 5.14 de la citada Ley 1 *“es aquel en donde sólo se prestan servicios a empresas vinculadas jurídica o económicamente con la sociedad portuaria propietaria de la infraestructura.”*

El 29 de enero del año 2008⁷⁶ la peticionaria presentó algunas aclaraciones y complementaciones a la solicitud inicial, en la cual plantea alternativas para la determinación del vehículo societario que sería titular de la concesión, la disminución del plazo a 20 años y la modificación de las proyecciones financieras para la concesión a ese término. A folio 54 del Cuaderno de Pruebas No. 1 obra un cuadro en el cual se detallan los ingresos, egresos, depreciación y utilidad entre los años 2008 y 2027 y en el CD aportado con la contestación a la demanda reformada se incluyen las comunicaciones intercambiadas por las partes en esta etapa del proceso contractual.⁷⁷

Con base en la información remitida cuyo contenido y alcance señala detalladamente el artículo 9° de la Ley 1 de 1991, que es similar para los puertos de uso público o privado, el INCO según lo dispuesto por el artículo 12 de la misma Ley, expidió inicialmente la resolución No. 185 del 29 de marzo de 2009, *“por la cual se indican los términos en los cuales se otorgará una concesión portuaria y se autoriza que la SOCIEDAD CEMENTOS ARGOS S.A. ARGOS S.A. sea sustituida en este trámite de concesión portuaria por la Sociedad Zona Franca Argos S.A.”*

⁷⁶ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 51-53.

⁷⁷ Oficio 6411 del 25 de junio de 2008, Rad. 2008-409-011654-2 del 4 de julio de 2008, Rad. 2008-409-016078-2 del 8 de septiembre de 2008, Rad. 2008-400-002481-1 del 6 de octubre de 2008, folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Dicho acto administrativo, conforme a la regulación aplicable, establece el marco general con base en el cual se otorgará la concesión y se celebrará el contrato y define aquellos elementos esenciales como el objeto, los plazos, el tipo de negocio a desarrollar y las contraprestaciones entre otros, de tal forma que, tanto la información suministrada por la peticionaria como el análisis de la entidad estatal a esta información, constituye una verdadera etapa precontractual durante la cual las partes encaminan su voluntad hacia la celebración del contrato y plantean los derechos y obligaciones recíprocos, en el marco de la regulación legal y la política portuaria (Art. 12 Ley 1 de 1991).

En tal sentido, las consideraciones y motivaciones del acto administrativo incluyen no solamente una relación de los documentos aportados y su conformidad con la ley, sino la descripción de las diferentes comunicaciones cruzadas entre las partes para definir la viabilidad de la solicitud conforme a los conceptos jurídicos, técnicos y financieros del proyecto y la conveniencia y legalidad de la solicitud, de acuerdo además, con los conceptos de las Entidades involucradas o relacionadas con el desarrollo de la actividad y la propuesta del concesionario con sus modificaciones son de obligatorio cumplimiento si el contrato se llega a celebrar.

Para el caso que analiza el Tribunal es preciso señalar, además, que la Resolución citada incluye un análisis detallado desde la perspectiva financiera de las proyecciones que fueron presentadas por la Concesionaria, de la correspondencia cruzada entre las partes para definir la contraprestación y de los resultados que arroja la aplicación de la metodología de productividad, para concluir en las páginas 10 y 11 de la Resolución que:

“La tasa interna de retorno de flujo de caja presentado por la Sociedad ARGOS S.A. con contraprestación igual a cero es del 13,20% con lo cual se establece que el proyecto es rentable, según el numeral 4.1 del artículo 1 de la resolución 596 de junio de 1994. Los resultados de la aplicación de la fórmula son los siguientes:

VARIABLE	RESULTADO
R	34.281.346
A	25%
I	15.794.688

ESCENARIOS DE CONTRAPRESTACIÓN

A continuación, se presentan los escenarios de contraprestación sensibilizando la variable b. garantizando que la tasa interna de retorno se encuentre en el rango 12% 26% como lo indica la resolución 873 de agosto 18 de 1994 en el párrafo del numeral 4.9. artículo primero.

(...)

De los escenarios presentados se recomienda el que arroja la TIR del 12%, por representar una mayor contraprestación para la nación, que a su vez no implica, según el modelo financiero presentado por la sociedad, traumatismos financieros y operativos a la misma⁷⁸.

En desarrollo del mismo punto, indica la resolución que no se discrimina de parte del solicitante, cuantas toneladas métricas anuales se movilizarán de carbón y cuantas, de los otros productos, para efectos del cálculo del coeficiente “a”.

Señala además que:

“revisados los escenarios por el Gerente General, éste solicita la incorporación del WACC, ejercicio financiero que arroja los siguientes resultados:

⁷⁸ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 65.

Atendiendo la solicitud hecha por el señor gerente, en el sentido de calcular la contraprestación de ARGOS S.A. con base en el WACC, presenta las siguientes consideraciones y el respectivo cálculo:

Los ingresos de las sociedades portuarias están determinados por las cantidades de carga a movilizar y la tasa aplicada a estos. La sociedad ARGOS S.A. en el 2018 va a movilizar como comercio exterior menos toneladas que en el 2006 y 2007, que presentan estadísticamente 1.354.345 y 1.1.36.082 de toneladas respectivamente, como lo muestra el siguiente gráfico: ...”

En la página 12 de la resolución, la entidad formula una serie de observaciones respecto de la diferencia en el volumen de carga frente a años anteriores, la necesidad de verificar si las inversiones proyectadas incluyen obras encaminadas a sostener el carbón y la consistencia entre capacidad operacional y señala:

“las cantidades que se proyecta movilizar durante los años de la concesión. Es importante anotar que el 89% de las inversiones (\$16.000.000) se ejecutan en el 2008, ejecutando en los dos años siguientes los US\$2.000.000. Sin embargo, es en el 2013 cuando se dispara el movimiento de carga (2.5 millones de toneladas) Adicionalmente, según la proyección del modelo, el puerto con las nuevas inversiones tendrá capacidad de movilizar hasta 3.6 millones de toneladas, lo cual se logra en el último año de la concesión.

De otra parte, analizando las tarifas aplicadas al modelo financiero y a pesar que el artículo 1 de la Ley 1 dice que “las sociedades portuarias que operan puertos de servicio privado, podrán fijar libremente sus tarifas, pero mantendrán informado de ello a la superintendencia general de puertos” es relevante anotar que las tarifas utilizadas por el peticionario para calcular los ingresos de flujo de caja son considerablemente inferiores a las realmente aplicadas por puertos de servicio público.”⁷⁹

⁷⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 66.

Luego del análisis de la viabilidad de otorgar la concesión y de reflejar en ella las consideraciones de la Entidad respecto del proyecto, la parte resolutive dispone:

“ARTICULO SEGUNDO: Indicar a continuación los términos en los que se otorgará a la sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A. la concesión solicitada para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas a ésta y las construcciones portuarias ubicadas en la Bahía de Cartagena departamento de Bolívar”.

El artículo 26 de la citada resolución establece:

“ARTICULO VIGESIMO SEXTO: CONTRATO ESTATAL DE CONCESION PORTUARIA Con base en lo estipulado en el inciso segundo del artículo 21 del Decreto 838 de 1992, LA SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A. y el INCO en representación de la NACION, suscribirán el Contrato Estatal de Concesión Portuaria dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que quede debidamente ejecutoriada la presente Resolución, o antes si las condiciones lo permiten.”

Una vez satisfechos los requisitos y aclarados los aspectos señalados en la Resolución 185 de marzo del 2009 y ya bajo la vigencia del Decreto Reglamentario 4735 de 2009, el INCO expide la Resolución 073 de 2010 por cuanto considera que *“de conformidad con lo dispuesto en el artículos (sic) 14 de la Ley 1ª de 1991 y 20 del Decreto 4735 de 2009, es posible otorgar formalmente la concesión portuaria solicitada por cuanto la **SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A.** ha cumplido todos los requisitos (...).”*⁸⁰

Frente a lo inicialmente propuesto por la Concesionaria y a algunos de los apartes de la Resolución 185 previamente expedida, el nuevo acto administrativo (Resolución 073) refleja las siguientes modificaciones:

⁸⁰ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 100 a 119.

- El artículo quinto dispone que el puerto privado se utilizará, actualizará y ampliará para “*servicio de su planta de producción de cemento y Clinker*” sin incluir el carbón.
- Se incluyen las dos fases encaminadas exclusivamente al cemento y productos asociados a su proyecto productivo.
- Se define el plan de inversiones en la suma de USD\$ 15 755 810 que se ejecutaría en los tres primeros años.
- Se fijan tanto el monto de la contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias de uso público como la contraprestación por infraestructura.

En conclusión, tanto la Resolución 073 de 2009 como la Resolución 185 de 2010 se constituyen en un marco de referencia dentro del cual se celebra el Contrato de Concesión Portuaria y delimitan el alcance del Contrato y las condiciones y requisitos para su celebración (artículo 26 Resolución 185 de 2010).

El 26 de febrero de 2010 la asamblea general de accionistas de la Concesionaria adoptó la decisión de transformar la compañía en sociedad por acciones simplificada y bajo esta forma societaria se celebró el contrato, previa la modificación de la Resolución 073 para reconocer y aceptar el cambio de tipo societario⁸¹.

En desarrollo de las normas analizadas y de la Resolución mediante la cual se otorga la concesión, las partes reflejaron en el clausulado del contrato los elementos propios de la concesión portuaria que recoge tanto el acto administrativo como los resultados del análisis de la propuesta o invitación a contratar formulada a iniciativa del particular y de la aceptación de la entidad estatal en lo que puede considerarse el mutuo consentimiento encaminado a regular sus relaciones contractuales, estructurado en la etapa precontractual.

⁸¹ Dicha modificación se efectuó mediante Resolución 99 del 5 de marzo de 2010, como aparece en las consideraciones del Contrato de Concesión. Folio 174 del Cuaderno Principal No. 1.

Sobre este punto particular se ha pronunciado el Consejo de Estado así:

“(…) la oferta, es una expresión de negocio jurídico unilateral, cuyo carácter recepticio, le imprime un carácter obligatorio, queriendo significar con lo anterior que, quien oferta, deviene obligado a mantener su promesa de negocio futuro. Así las cosas, es indispensable reparar en que, del contenido del negocio de oferta de contrato surge la promesa obligatoria, para el proponente, de que, en llegando a ser adjudicatario del negocio futuro o definitivo, deberá ajustar su conducta al contenido negocial de la oferta, que las más de las veces se concreta en el negocio definitivo.

Así las cosas, cuando los oferentes dentro del proceso de licitación pública, v.gr. ofertan y prometen un determinado contenido negocial -disponibilidad de equipo- quedan obligados, caso de ser adjudicatarios, a cumplir, llegado el plazo o verificada la condición a la cual esté sujeta tal prestación, con lo prometido, como que en tal eventualidad dicha prestación adquiere carácter de exigibilidad.”⁸²

3.1.4.2.3.2. OBJETO DEL CONTRATO

En la cláusula primera se acordó:

“OBJETO DEL CONTRATO: El INCO en virtud del presente contrato de concesión portuaria, permite al CONCESIONARIO la ocupación en forma temporal y exclusiva de una zona de playas, bajamar y aguas marítimas accesorias junto con las construcciones, operación y el desarrollo de actividades portuarias de servicio privado. El área solicitada en concesión se encuentra ubicada en la zona portuaria de Mamonal, en jurisdicción del Distrito Especial Turístico y Cultural de Cartagena de Indias, con las zonas correspondientes al área aledaña a la dársena de Cospique y al área correspondiente a las zonas de uso público aledañas a los terrenos del proyecto que

⁸² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 12 de abril de 1999, Expediente No. 11344.

fuera de Álcalis de Colombia S.A., por el término de veinte (20) años a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato”.

El texto incluye los elementos de temporalidad y exclusividad, la naturaleza de las zonas, la infraestructura instalada y la definición precisa tanto de las áreas propias como de las áreas aledañas.

En dicha cláusula el Contrato describe y alindera las zonas objeto de concesión, la extensión del área y la descripción de la infraestructura portuaria a las cuales se extiende el derecho del uso del concesionario y las zonas de uso público entregadas en concesión (cláusulas Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta) y nace para la Concesionaria el derecho de usar y explotar dichas zonas a título de concesión, sin que dicho derecho implique el reconocimiento de título alguno de dominio sobre la propiedad del suelo ni del subsuelo.

Para el desarrollo del objeto contractual, se convienen, además, la descripción del proyecto y las condiciones especiales de operación del puerto de servicio privado, que se actualizará y ampliará en dos fases y todas las obligaciones a cargo de la Concesionaria para la operación del puerto conforme a las disposiciones en materia ambiental y de seguridad.

“CLÁUSULA SEXTA: La concesión se otorga para la prestación de servicio PRIVADO para una planta de producción de cemento y clinker ubicada en Cartagena de Indias y los demás bienes asociados al proceso productivo del CONCESIONARIO, y de sus empresas vinculadas jurídica y económicamente.” (Se subraya).

El concepto de empresas vinculadas jurídicas y económicamente se define conforme a los presupuestos de los artículos 260 y siguientes del Código de Comercio.⁸³

La subordinación implica por tanto la presencia de un ente que ejerce control sobre una sociedad comercial a cuya voluntad somete las decisiones de la subordinada, como consecuencia de la ocurrencia de uno o varios de los supuestos señalados en el artículo 260 del Código de Comercio tal y como fue modificado por la Ley 222 de 1995.

En los antecedentes de la concesión portuaria consta que la única propietaria de la sociedad Zona Franca Argos S.A.S. es Cementos Argos S.A.⁸⁴ o que por lo menos lo era al tiempo de otorgarse la concesión y consta también en el certificado de existencia y representación de la sociedad concesionaria, que existe entre estas y otras sociedades, una vinculación jurídica inscrita en registro mercantil.

⁸³ *“Una sociedad es subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.” “ARTÍCULO 261. PRESUNCIONES DE SUBORDINACIÓN. Subrogado por el art. 27, Ley 222 de 1995. El nuevo texto es el siguiente: Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto. 2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere. 3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad. PARÁGRAFO 1o. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales, cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad. PARÁGRAFO 2o. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.”*

⁸⁴ Como consta en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 16 al 27.

El uso del puerto concesionado está restringido a las actividades relacionadas con el negocio de sus sociedades vinculadas y, en este caso, además, de su matriz controlante la sociedad Cementos Argos S.A.

De allí puede concluirse que la voluntad de la sociedad concesionaria está supeditada a las decisiones que adopte su accionista controlante y que, además, el mercado potencial del puerto depende única y exclusivamente de las políticas de su sociedad matriz y de sus vinculadas, cuya empresa social es el negocio del cemento.

3.1.4.2.3.3. LA CONTRAPRESTACIÓN

En tanto el derecho del concesionario a ocupar las zonas concesionadas implica de parte del Estado la renuncia a explotarlas directamente durante un período determinado, resulta apenas lógico desde la perspectiva económica que el particular esté obligado a reconocer el pago de una suma de dinero a favor de la Nación y/o de los municipios a título de remuneración por el derecho concedido.

El economista y analista Luis Alberto Zuleta en su estudio sobre la infraestructura portuaria la define así:

“La contraprestación es una compensación que entrega el concesionario al Estado por el uso del recurso físico (playas, zonas de bajamar, construcciones para protección y abrigo, así como la infraestructura portuaria construida) Se trata de una renta sobre un recurso que se evalúa según sus características y escasez y nada tiene que ver con la generación de ingresos del puerto. En términos de teoría económica podría compararse con una renta absoluta y diferencial sobre el uso de la tierra.”⁸⁵

⁸⁵ ZULETA, Luis Alberto. La contraprestación portuaria en Colombia en un entorno competitivo. Estudio para la Cámara Colombiana de la infraestructura, Informe Final, Mayo de 2015, página 67.

El artículo 7° de la Ley 1 de 1991, modificado por la Ley 856 de 2003, regula los aspectos atinentes al monto de la contraprestación, los porcentajes que tendrán derecho a recibir la Nación y el Municipio por concepto de las zonas de uso público y las correspondientes a infraestructura a favor del INVIAS.

Sobre la naturaleza de la contraprestación ha dicho el Consejo de Estado:

“8.3.- De naturaleza jurídica de las playas y territorios de bajamar y el carácter oneroso de las concesiones portuarias

Las playas y los terrenos de bajamar¹⁰ tienen en el ordenamiento jurídico colombiano el carácter bienes de uso público.¹¹ Por ello su uso y goce corresponde a todos los habitantes del territorio nacional (Art. 674 del Código Civil)¹² y no pueden ser negociados ni transferidos a los particulares por hallarse fuera del comercio y tampoco pueden ser sometidos a medidas de embargo o adquiridos por usucapión, pues por expreso mandato constitucional “son inalienables, imprescriptibles e inembargables.” (Art. 63)

Con todo y a pesar de tratarse de bienes de uso público, el ordenamiento jurídico autoriza el establecimiento de determinadas limitaciones, restricciones o condiciones al disfrute de ese tipo de bienes en función del interés general, pues al fin y al cabo el derecho que tienen los miembros de la colectividad no es de carácter absoluto. En ese sentido, las autoridades se encuentran investidas de la potestad de otorgar permisos, licencias o concesiones que involucren ese tipo de bienes, en virtud de los cuales sus beneficiarios quedan habilitados para usarlos de manera exclusiva y excluyente por el término señalado en el acto respectivo, sin que ello implique necesariamente el surgimiento de derechos patrimoniales en su favor, por tratarse de habilitaciones eminentemente transitorias y precarias cuyo otorgamiento no determina en modo alguno que el bien deje de pertenecer al patrimonio público para convertirse en un bien de dominio privado.

Hasta antes de la expedición de la Ley 1ª de 1991, las concesiones portuarias se otorgaban a título gratuito, pero a partir de la adopción de ese nuevo Estatuto Portuario, el derecho derivado de un permiso o concesión, conlleva necesariamente el pago de una contraprestación, tal como lo establece el artículo 7º que enseguida se transcribe. Con ello se busca compensar la privación a la que se ven sometidos los demás miembros de la colectividad, mientras se encuentre vigente el respectivo título de habilitación.”⁸⁶

En el mismo sentido la doctrina ha sostenido:

“En el contrato de concesión portuaria, la sociedad portuaria y el estado aúnan esfuerzos para la consecución de objetivos comunes y que beneficien al interés general. La primera busca la construcción y operación de un puerto de alta calidad y eficacia, para así poder recibir los beneficios económicos esperados, mientras el segundo recibe no solo una contraprestación por los bienes de uso público y la infraestructura en la que opera la sociedad portuaria, sino que, en virtud de la cláusula de reversión, obtiene la infraestructura portuaria que estaba a cargo del operador

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 18 de septiembre de 2014, Rad. 25000-23-24-000-2004-00466-01, que a su vez contiene las siguientes citas: ⁹ Los artículos modificados por los actos demandados habían fijado como valor de la contraprestación por la ocupación temporal y exclusiva de unos terrenos de bajamar y playas en extensión de 150 metros y 7 metros de profundidad la suma de US\$507.566.92. Al advertir la Administración que la concesión realmente estaba ocupando 335 metros de línea de playa y 6,00 metros de profundidad para el muelle carbonero y 73 metros de línea de playa y 4,50 metros de profundidad para el muelle de suministros, fijó como “nuevo valor” de la contraprestación la suma de US\$748.608,06. ¹⁰ **Decreto 2324 de 1984, Artículo 167. Definiciones.** Para todos los efectos legales se entenderá por: [...] 2. **Playa marítima:** Zona de material no consolidado que se extiende hacia tierra desde la línea de la más baja marea hasta el lugar donde se presenta un marcado cambio en el material, forma fisiográfica o hasta donde se inicie la línea de vegetación permanente, usualmente límite efectivo de las olas de temporal. 3. **Bajamar:** La máxima depresión de las aguas o altura mínima. 4. **Terrenos de bajamar:** Los que se encuentran cubiertos por la máxima marea y quedan descubiertos cuando esta baja. (Este precepto reitera las definiciones contenidas en el artículo 88 del Decreto 2349 de 1971). ¹¹ En efecto, el artículo 87 del Decreto 2349 de 1971, “Por el cual se crea la Dirección General Marítima y Portuaria y se dictan otras disposiciones”, dispuso que “[...] **las playas son bienes de uso público por tanto intrasferibles a cualquier título a los particulares**, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce de acuerdo a la Ley y a las disposiciones del presente decreto. En consecuencia, **tales permisos o licencias no confieren título alguno sobre el suelo ni subsuelo.**”(El resaltado es de la Sala) Lo previsto en este artículo fue reiterado años más tarde en términos similares por el artículo 166 del Decreto 2324 de 1984.”

privado, para afrontar las exigencias del mercado y el comercio nacional e internacional.”⁸⁷

En el texto de la Resolución 073 de 2010 mediante la cual se otorga la Concesión, en su artículo décimo quinto se lee:

“DECIMO QUINTO: EL VALOR DEL CONTRATO Y DE LAS CONTRAPRESTACIONES: *El valor del contrato de concesión portuaria será el valor presente de las contraprestaciones por concepto de zona de uso público e infraestructura, tasadas a la SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A. Para todos los efectos, el valor del contrato de concesión será la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 3.852.957.00).*

15.1 CONTRAPRESTACIÓN POR EL USO Y GOCE TEMPORAL Y EXCLUSIVO DE LAS PLAYAS, TERRENOS DE BAJAMAR Y ZONAS ACCESORIAS DE USO PÚBLICO.

La SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A, pagará por el uso temporal y exclusivo de la zona de uso público, la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 3.447.388) liquidados a la tasa representativa del mercado – TRM – del día del pago pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión, o en su defecto pagará, veinte (20) anualidades anticipadas de CUATROCIENTOS SETENTA MIL SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 470.000), liquidados a la tasa representativa del mercado – TRM – del día del pago pagaderas la primera dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión y los subsiguientes, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la fecha de inicio de la anualidad.

⁸⁷ SAAVEDRA, Ramiro, op. cit., página 129.

PARÁGRAFO PRIMERO. Si se modifica la forma de pago establecida, debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES).

PARÁGRAFO SEGUNDO. De dicho pago el 80% le corresponde a la NACIÓN - Instituto Nacional de Vías y el 20% restante al Distrito de Cartagena, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 1° de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1 de 1991.

15.2 CONTRAPRESTACIÓN POR INFRAESTRUCTURA.

La SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A. pagará por contraprestación por infraestructura la suma de CUATROCIENTOS CUATRO MILQUINIENTOS SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 404.570) a valor presente liquidados a la tasa representativa del mercado – TRM – del día del pago pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión o en su defecto pagará, veinte (20) anualidades anticipadas de CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 55.165), liquidadas a la tasa representativa del mercado – TRM – del día del pago, pagaderas la primera dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión y las subsiguientes, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la fecha de inicio de la anualidad.

PARÁGRAFO PRIMERO. Si se modifica la forma de pago establecida debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES).

PARÁGRAFO SEGUNDO. El 100% del valor de la contraprestación por infraestructura le corresponde a la Nación – Instituto Nacional de Vías de acuerdo con lo establecido en su artículo 1° de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003.”

A su vez el propio contrato consagró:

“CLÁUSULA OCTAVA. VALOR DEL CONTRATO Y LAS CONTRAPRESTACIONES:

*El valor del contrato de concesión portuaria será el valor presente de las contraprestaciones por concepto de zona de uso público e infraestructura tasadas al CONCESIONARIO. Para todos los efectos, el valor del contrato de concesión será la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$3.851.957.00). **CONTRAPRESTACIÓN POR EL USO Y GOCE TEMPORAL Y EXCLUSIVO DE LAS PLAYAS, TERRENOS DE BAJAMAR Y ZONAS ACCESORIAS DE USO PÚBLICO.** El CONCESIONARIO pagará por el uso temporal y exclusivo de la zona de uso público, la suma de TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (US\$3.447.338) liquidados a la Tasa Representativa del Mercado - TRM - del día del pago pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión, o en su defecto pagará veinte (20) anualidades anticipadas de CUATROCIENTOS SESENTA MIL SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$470.070) liquidados a la Tasa Representativa del Mercado - TRM - del día del pago pagaderas la primera dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión, y las subsiguientes, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la fecha de inicio de la anualidad. **PARAGRAFO PRIMERO.** Si se modifica la forma de pago establecida debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual (WAAC EN CORRIENTES). **PARAGRAFO SEGUNDO.** De dicho pago el 80% le corresponde a la NACIÓN - Instituto Nacional de Vías y el 20% restante al Distrito de Cartagena, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 1° de la Ley 856 del 21 de diciembre de 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1 de 1991. **CONTRAPRESTACIÓN POR INFRAESTRUCTURA.** EL CONCESIONARIO pagará por contraprestación por infraestructura la suma de CUATROCIENTOS CUATRO MIL QUINIENTOS SETENTA DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$404.570) a valor presente liquidados a la Tasa Representativa del Mercado - TRM - del día del pago pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión, o en su defecto pagará, veinte (20) anualidades anticipadas de CINCUENTA Y CINCO MIL CIENTO SESENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$55.165), liquidados a la Tasa Representativa*

del Mercado - TRM - del día del pago, pagaderos la primera dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión y las subsiguientes, dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la fecha de inicio de la anualidad.

PARAGRAFO PRIMERO. *Si se modifica la forma de pago establecida, debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES).*

PARAGRAFO SEGUNDO. *El 100% del valor de la contraprestación por infraestructura le corresponde a la Nación - Instituto Nacional de Vías, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1° de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003.”*

En el CONPES 2680 recogido por el Decreto 2688 de 1993 vigente al tiempo de otorgarse la concesión, reglamentado por las Resoluciones 596 y 873 de 1994, la Superintendencia de Transporte definió los métodos y criterios para calcular la contraprestación y enunció entre otros los siguientes:

“C. LA CONTRAPRESTACIÓN

Los siguientes son los criterios sobre los cuales se debe definir la nueva metodología de contraprestación:

- i. El costo de oportunidad del bien público*
- ii. Las dimensiones óptimas de las facilidades de servicio público y privado*
- iii. La inversión y los compromisos de modernización*
- iv. Ofrecimiento del servicio público*
- v. Los costos de vigilancia ambiental*

Las contraprestaciones se determinarán como un porcentaje de los ingresos netos del proyecto. Del valor resultante se descontarán las inversiones realizadas por la Concesionaria de acuerdo con los lineamientos del Anexo C. *Esto permitirá calcular la contraprestación con una fórmula simple, como se presenta en el anexo mencionado. A partir de la aplicación de esta fórmula, se definirá un valor de la contraprestación para cada año. Estos valores quedarán incluidos en el respectivo contrato de concesión.” (Subrayado propio)*

De la lectura del Anexo C se concluye que la proporción de la inversión realizada por la Concesionaria y acordada con el Estado es factor para determinar la contraprestación, en cuanto se descuenta de la misma siempre y cuando corresponda a inversiones directas en obras civiles cuyo propósito sea adaptar las características físicas del sitio como puerto o inversiones en infraestructura del terminal.

Con base en la metodología del Decreto 2688 de 1993 la definición de la contraprestación a que tiene derecho el Estado a cargo del concesionario, tiene dos componentes: el pago por concepto de los derechos de las zonas de uso público y el pago por el derecho al uso de la infraestructura, pero en cuanto al finalizar el contrato las inversiones realizadas por el concesionario revierten en favor del Estado, el monto de esas inversiones es reconocido para deducirlo de la contraprestación, conforme a la fórmula establecida por el CONPES. Fue este el mecanismo que utilizó la Concesionaria para presentar y calcular su propuesta económica al INCO porque esa era la regulación que se había adoptado como plan de expansión portuaria. En los considerandos de la Resolución 073 Hoja No. 3 se afirma que la contraprestación por infraestructura se calculó con base en el avalúo aportado por ARGOS S.A de fecha 15 de mayo de 2007, que asciende a \$ 6 123 200 000, el cual fue modificado el 24 de septiembre de 2009 y fue esa actualización la que determinó los valores de la contraprestación por zonas de uso público e infraestructura:

“CONCEPTO	DOLARES CORRIENTES
Contraprestación ZUP	485.204
Contraprestación infraestructura	40.031
VP Contraprestación ZUP	3.558.378
VP Contraprestación infraestructura	293.579
VALOR DEL CONTRATO	3.851.857”

Seguidamente el evaluador financiero de la propuesta indica que “Como puede observarse al actualizar el avalúo comercial en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación,

se mantiene inalterable el valor del contrato modificándose únicamente los valores de contraprestación de ZUP e infraestructura.”

El párrafo primero de la cláusula 8 del contrato señala que “si se modifica la forma de pago establecida debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES)” (subraya el Tribunal), exactamente en los mismos términos del párrafo primero del numeral 15.1 de la Resolución. Este valor de la contraprestación, tal y como se señaló al analizar la etapa precontractual, se origina y determina con base en los cálculos iniciales de la Concesionaria y en los documentos del estudio financiero, conforme a lo señalado en el numeral 9 de la Ley 1 de 1991 y el numeral 9.1.2. del Decreto 4735 de 2009, así como en las Resoluciones 596 de junio 15 de 1994 y 873 de 1994 de la Superintendencia de Puertos. Para efectos de precisión transcribe el Tribunal los aspectos más relevantes de esa normativa⁸⁸:

“ARTICULO 1°. Acoger la metodología establecida en el Capítulo III DE LAS CONTRAPRESTACIONES, en el Decreto 2688 del 30 de diciembre de 1993 “Plan de Expansión Portuario para el período 1993-1995”.

ARTICULO 2°. La metodología que se aplicará según el Anexo C del documento CONPES DNP-2680-MINTRANSPORTE-UINFE del 11 de noviembre de 1993, será la siguiente:

La fórmula general para el cálculo de la contraprestación anual es:

$C = (aR)-(bI)$ donde:

a = El factor alfa (a) es el coeficiente de captura de los ingresos brutos potenciales, definido por tipo de puerto, de tal manera que la tasa interna de retorno sobre su flujo sea adecuada, después de cubrir los costos operativos.

⁸⁸ Resolución 596 de 1994. Superintendencia de Puertos y Transporte.

R = Corresponde al valor presente de los ingresos brutos por concepto de servicios prestados por la sociedad en sus actividades portuarias, durante el tiempo de la concesión, de acuerdo a (sic) la capacidad del terminal.

b = Proporción de la inversión realizada por el concesionario, y acordada con el Estado, a través de la SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS, que se reduciría de la contraprestación. (Se subraya)

I = Son las inversiones directas en obras civiles cuyo propósito sea adaptar las características físicas del sitio como puerto (profundidad y abrigo), o inversiones en infraestructura, localizadas en las zonas de uso público (playas y zonas de bajamar).”

El flujo de caja y el modelo que presentó la Concesionaria para el cálculo de la contraprestación se transcribe a continuación:

ESCENARIOS CONTRAPRESTACION					
Valor presente ingresos brutos "R"	US\$ 34.281.347,56	US\$34.281.347,56	US\$34.281.347,56	US\$34.281.347,56	US\$34.281.347,56
Coefficiente de captura de ingresos brutos	25%	25%	25%	25%	25%
	US\$ 8.570.336,89	US\$ 8.570.336,89	US\$ 8.570.336,89	US\$ 8.570.336,89	US\$ 8.570.336,89
Valor presente de inversiones en obras civiles "I"	US\$ 15.794.688,41	US\$ 15.794.688,41	US\$15.794.688,41	US\$15.794.688,41	US\$15.794.688,41
Coefficiente de estímulo a la inversión "b"	36%	40%	45%	47%	50%
	US\$ 5.701.882,52	US\$6.317.875,36	US\$ 7.107.609,78	US\$ 7.423.503,55	US\$ 7.897.344,21
C = (aR.bI)	US\$ 2.868.454,37	US\$ 2.252.461,52	US\$ 1.462.727,10	US\$ 146.833,34	US\$ 672.992,68
Anualidad vencida	US\$ 384.025,17	US\$ 301.555,60	US\$ 195.828,12	US\$ 153.536,65	US\$ 90.099,44
Anualidad anticipada	US\$ 342.879,62	US\$ 269.247,14	US\$ 174.846,54	US\$ 137.086,29	US\$ 80.445,93
TASA INTERNA DE RETORNO	12,00%	12,43%	12,98%	13,21%	3,54%

Adicionalmente, en el dictamen rendido por el perito Julio Villarreal a páginas 12 y 13 se describe igualmente el mecanismo para calcular esa contraprestación:

“1.3 Sírvase indicar cómo está estructurada en el Contrato de Concesión 003 de 2010 la viabilidad del proyecto y el balance financiero entre la TIR esperada, las inversiones y las contraprestaciones pactadas por el uso exclusivo de las zonas de dominio público y la infraestructura disponible.

Para responder esta pregunta, el Perito se remitió al Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010. El Perito encontró que en la cláusula séptima del Contrato de Concesión se estableció el plan de inversiones, que correspondía a US\$15.755.810 en suma simple y en valor presente a US\$ 13.478.414 (calculado con una tasa de descuento de 14,6% anual en términos nominales). El Concesionario, además, según se lee en la cláusula octava del Contrato de Concesión, se comprometió a pagar una contraprestación por el uso exclusivo de las playas y la infraestructura que asciende a un valor de US\$ 525.235 cada año.

El Perito analizó el modelo financiero sobre el cual el Concesionario estructuró el proyecto y encontró que la rentabilidad proyectada y esperada por el Concesionario era igual a 12% anual en términos nominales. En otras palabras, el balance financiero del contrato se estructuró con un retorno del 12% anual como compensación por unas inversiones que ascienden en valor presente a US\$ 13.478.414 y una contraprestación por valor de US\$ 525.235 cada año.

Por otra parte, el Perito encontró que las contraprestaciones que debe pagar el Concesionario fueron calculadas de acuerdo a la regulación vigente en el momento de suscripción del Contrato de Concesión, específicamente con base el documento CONPES 2680, el cual fue adoptado mediante Decreto 2688 de 1993. El CONPES 2680 consignaba la metodología para el cálculo de la contraprestación y proponía llevar a cabo el cálculo mediante un modelo iterativo que contemplaba los ingresos, los costos y las inversiones que se llevarían a cabo, con el fin de encontrar una rentabilidad adecuada para el proyecto.

Los elementos mencionados anteriormente son determinantes dentro de la estructura y viabilidad financiera del puerto. La resolución 596 de 1994 de la Superintendencia de

Puertos y Transportes, modificada por la 873 del mismo año, mediante la cual se adoptó la metodología para el cálculo del valor de la contraprestación del Decreto 2688 del 30 de diciembre de 1993, establecía que para que un puerto fuera viable financieramente debería tener una rentabilidad o Tasa Interna de Retorno de mínimo 12% anual en términos nominales, de tal manera que rentabilidades menores a dicha cifra generarían pérdidas económicas para el Concesionario. Es claro, pues, que la regulación establecía una rentabilidad mínima para dichos proyectos.

La viabilidad financiera del proyecto depende, entonces, de que se obtenga una rentabilidad o tasa interna de retorno de 12% anual en términos nominales. La regulación vigente al suscribirse el Contrato de Concesión 003 de 2010 así lo indicaba. En la etapa de estructuración del Contrato de Concesión 003 de 2010 también se partió de esta premisa. En el memorando interno del INCO 1310 de abril de 2008, el cual documenta el análisis y la evaluación financiera del modelo allegado por el Concesionario para el otorgamiento de la concesión, se expresa la siguiente conclusión:

“El Proyecto Presentado por la compañía Cementos Argos S.A. es viable desde el punto de vista financiero, puesto que el flujo de caja del proyecto arroja una TIR mayor del 12%, antes de incluir el valor de la contraprestación dentro de este”.

En síntesis, el Perito encuentra que al momento de suscribirse el Contrato la regulación contemplaba una rentabilidad adecuada del 12% anual en términos nominales. Rentabilidades menores a dicha cifra generarían pérdidas económicas para el Concesionario. O, como se dijo en el memorando del INCO 1310 de 2008, el proyecto sería inviable financieramente. En línea con esta regulación, dentro del modelo financiero utilizado para la estructuración del proyecto se consideró una rentabilidad igual al 12% anual en términos nominales, sobre los cuales se obtuvo un pago de contraprestación e inversiones. Esa rentabilidad no se garantizó al Concesionario; sin embargo, sí fue la premisa bajo la cual la entidad concedente y el Concesionario estructuraron el proyecto y determinaron su viabilidad financiera.”

En cuanto la cláusula de la contraprestación fue liquidada por la entidad estatal con base en los supuestos financieros vigentes y es objeto del consentimiento mutuo de los contratantes, no puede ser modificada por una sola de ellas y en desarrollo del principio de la fuerza vinculante de los contratos, que es aplicable a los contratos estatales, tampoco puede ser desconocida so pena de incurrir en incumplimiento del contrato. Por tal razón tanto la Resolución 073 como el Contrato establecen que *“si se modifica la forma de pago debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES)”*.

Respecto de la liquidación y pago de la contraprestación ninguna de las partes ha formulado reparo o afirmado que esta obligación haya sido incumplida por ZFA ni el monto ha sido objeto de modificación o actualización desde cuando se expidió la Resolución mediante la cual se otorga la concesión.

Sin embargo, en una de las propuestas de modificación al contrato después de la firma del Otrosí No. 1 de 2015 la Concesionaria planteó la posibilidad de aumentar el monto de la contraprestación a la suma de USD\$ 1 775 000 para *“que el pago de la contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias de uso público sea calculado conforme al documento CONPES 3744 de 2013, de conformidad con el modelo de negocio que se adjunta a este documento como Anexo 3. La Compañía propone pagar anticipadamente la contraprestación descontada a la misma tasa de descuento que trae el mencionado CONPES.”*⁸⁹

3.1.4.2.3.4. EL MODELO PRESENTADO POR LA CONCESIONARIA

Está acreditado dentro del expediente que, para la celebración del Contrato de Concesión, la Concesionaria tuvo en cuenta un modelo financiero para sustentar sus cifras y proyecciones.⁹⁰

⁸⁹ Comunicación Rad. 2016-409-004864-2-21 de enero de 2016, Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 283 a 287 y Comunicación Rad. 2016-409-014079-2 - 22 de febrero de 2016, Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 289 a 291.

⁹⁰ Aparece en el CD que obra a folio 503 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Dicho modelo financiero hace parte de los documentos precontractuales y se entiende incorporado al Contrato⁹¹ pero además, tanto en el clausulado original como en el Otrosí, adquiere una relevancia jurídica importante en cuanto que por expresa manifestación de las partes, aceptada y consentida, se estableció que cuando la Concesionaria solicite la modificación del plan de inversiones “deberá garantizar que el VP (Valor Presente) de las inversiones sea igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES)” (se subraya) y en la cláusula de la contraprestación que “[s]i se modifica la forma de pago establecida, debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14,60% anual.”

Esa fue la aplicación precisa que le dieron las partes a la cláusula al modificar el contrato en el año 2015 y fue también la razón por la cual ANI negó la conciliación en cuanto consideró que este presupuesto contractual se debe mantener cuando quiera que se solicite la modificación del plan de inversiones (Artículos 1618 y 1622 Código Civil). Sin perjuicio del análisis que se adelantará adelante sobre esta cláusula y la tasa de descuento, se destaca que el modelo es la fuente para definir uno de los elementos esenciales del contrato en la determinación y la cuantificación de las obligaciones de la Concesionaria y sus supuestos y componentes son vinculantes para las partes no solamente al momento de la celebración del contrato sino durante su ejecución

Sobre el concepto del modelo financiero considera pertinente el Tribunal citar lo que ha sostenido la doctrina:

“... En efecto el equilibrio financiero surgido al momento de contratar puede alterarse porque se incrementan los costos para la ejecución de las obras o porque disminuyen los ingresos para repagar la inversión. Estas variables que determinan el balance entre

⁹¹ Solicitud de Concesión Portuaria. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 1 a 13; Comunicación GEA-028-08 29 de enero de 2008 Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 51 a 53 y Resolución 185 de 2009. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 55 a 99.

*derechos y obligaciones, es decir el equilibrio financiero mismo del contrato, reposan en el modelo financiero. Así lo ha reconocido el Consejo de Estado: ...*⁹²

Y señala más adelante al referirse a las iniciativas privadas:

“... Nadie puede discutir que en la oferta privada y en la contraprestación pública el modelo financiero fue una pieza clave para la formación de consentimiento de los sujetos contratantes. Antes de aceptar la iniciativa y adjudicar el contrato, la Administración estudió un proyecto fundamentado en el modelo financiero elaborado en el originador. El acuerdo de voluntades se asienta, así sea parcialmente, en la modelación financiera. Tanto es así que en este tipo de contratos uno de los documentos que lo integran es el que contiene las reglas de viabilidad de la oferta. Por estas particulares características, el modelo financiero de los contratos de concesión de cuarta generación de iniciativa privada si tiene valor probatorio.

*Lo dicho no puede interpretarse como que el simple desfase entre las estimaciones del modelo y la realidad del negocio justifique una reclamación. Nada de eso. Habrá que estarse, por sobre cualquier consideración a la distribución de riesgos contenida en el contrato.*⁹³ (Se subraya)

Si bien el análisis adelantado se refiere a los contratos de infraestructura vial en cada una de las generaciones, los apartes citados se aplican al presente caso, por cuanto se hace

⁹² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 9 de febrero de 2006: “Comoquiera que el contrato de concesión no se sustrae a la aplicación de este principio, es pertinente señalar que la ecuación económica del mismo está dada en razón del modelo financiero producto de la ingeniería financiera del proyecto, cuyas variables básicas para su cálculo son: el costo de obra, el de la deuda y el capital invertido (equity) capital de riesgo. Así las cosas, como quiera que el valor del contrato de concesión a diferencia de lo que sucede en un contrato de obra pública financiado con recursos del Estado, no corresponde al valor de la obra, pura y simplemente, sino que resulta de la concurrencia de esa variable, con las demás de carácter financiero y la distribución de riesgos contractuales que se vayan a asumir por el concesionario, es entonces la conjunción de estas variables en el modelo financiero aceptado por las partes al momento de contratar, la base de la ecuación contractual y el punto de partida para analizar las situaciones o circunstancias que afecten el equilibrio económico del Contrato.”

⁹³ FAJARDO PEÑA, Santiago. Las concesiones de infraestructura como negocios financieros: el valor jurídico de los modelos financieros preparados para su celebración, Revista Digital de Derecho Administrativo, No. 22, Segundo Semestre 2019, Universidad Externado de Colombia, páginas 90, 91 y 92.

referencia a las iniciativas privadas y el juez en la interpretación contractual, en aquellos casos en que aparezca voluntad contraria debe estarse a la interpretación que mejor cuadre a la naturaleza del contrato (Artículo 1621 Código Civil).

En la página 40 de sus alegatos, la parte convocante reconoce el carácter contractual del modelo en los siguientes términos:

“El modelo financiero sobre el que el Perito elaboró sus cálculos tiene relevancia contractual y por ello es la herramienta idónea para determinar si la prestación se tornó o no excesivamente onerosa. Un modelo financiero tiene relevancia contractual cuando es determinante del consentimiento de las partes contractuales, es decir, cuando integra –en palabras de Larenz– la “base objetiva del negocio jurídico”²⁵. Este carácter puede manifestarse de dos maneras. La primera, distintiva de los contratos de concesión de primera generación, consiste en que las variables del modelo financiero (los ingresos, fundamentalmente) se revisan periódicamente para derivar de esa revisión un efecto contractual (el pago de la garantía de ingresos, p. ej.). El carácter contractual del modelo puede manifestarse, en segundo lugar, cuando las partes han exteriorizado que los supuestos del mismo fueron determinantes de su consentimiento, así tales variables (ingresos, costos de construcción, gastos de operación, etc.) no estén garantizadas. Únicamente cuando el modelo no ha sido analizado en la etapa de factibilidad del proyecto, ni aparece reflejado en el texto del contrato como elemento determinante del acuerdo de voluntades, es válido afirmar que carece de relevancia contractual.

²⁵ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de los contratos*. Santiago de Chile. Ediciones Jurídicas Olejnik. 2018, página 34.”

Por su parte, en los alegatos de la parte convocada, en varios apartes, menciona el modelo financiero para indicar, de una parte, que en los testimonios quedó probado su origen en cabeza del concesionario y, de otra parte, que en las respuestas del perito en la audiencia quedó claro que el hecho de que en el contrato se haga mención al modelo financiero no

implica que el Estado hubiere garantizado una tasa TIR porque no se trata de una concesión de primera generación.⁹⁴

El Tribunal, aplicadas las reglas de interpretación de los contratos, concluye que el modelo financiero que sirvió de base para la elaboración de la propuesta fue reconocido por las partes únicamente respecto de un punto: la aplicación de una tasa de descuento del 14,6 % para la actualización del VPN a los montos de las inversiones en tanto esta cifra resulta como un determinante del consentimiento tanto en los antecedentes contractuales como en el propio modelo financiero. Dicha conclusión no implica que el consentimiento de las partes haya recaído sobre el monto de los ingresos o egresos proyectados incluidos en ese modelo, para garantizarlos o para concluir que su desfase per se da lugar a la revisión del contrato por desequilibrio económico. Por tal razón, el Tribunal se aparta de la interpretación de la parte convocante en cuanto concluye que “[e]l modelo es la herramienta para establecer cuál era –en los términos del artículo 27 de la Ley 80 de 1993– la equivalencia entre derechos (ingresos) y obligaciones (costos) al momento de celebrarse el Otrosí 1”, por cuanto dicha conclusión no tiene sustento ni en el propio clausulado ni en la interpretación que a la cláusula han dado las partes, ni los supuestos allí reflejados están expresamente reconocidos y aceptados en el clausulado como si lo está el VPN.

⁹⁴ Páginas 24 y 25 de las alegaciones de ANI, Cuaderno Principal No. 2, folios 244 reverso y 245. Sobre ese entendimiento la testigo Diana Ximena Corredor Reyes dijo lo siguiente: “**DR. NAMÉN:** Perdón doctor Ariza, sobre este punto en particular, ¿usted conoce la estructura económica, el modelo económico de este contrato? **SRA. CORREDOR:** El original no, porque ese fue presentado creo en el 2010 cuando suscribieron el contrato, pero pues ese no lo conocí, pero digamos que conocí la estructura del que planteamos modificar, pero pues que nunca nos lo aceptaron. **DR. NAMÉN:** Lo del otrosí número 1 tiene alguna incidencia en ese...(Interpelado). **SRA. CORREDOR:** Ahí no hay modelo financiero porque el modelo financiero, digamos acá original del contrato por lo menos yo no lo conozco, como el mismo contrato establece como se re balancea el contrato, es manteniendo el VPN de las inversiones, entonces lo que se hizo en la modificación del otrosí 1 es coger las inversiones iniciales, las inversiones desplazadas, se calcula el VPN de cada uno de sus flujos y lo que se hace es comprarlos y buscar cuál es el valor que se necesita ejecutar para mantener ese valor presente, entonces ahí no necesitamos el modelo financiero para hacer ese balance.” Acta No. 12, folios 152 a 156 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 20 de la transcripción (como ayuda metodológica).

En el estudio sobre las concesiones portuarias del experto Luis Alberto Zuleta, bajo el capítulo del análisis de las variables y parámetros para las concesiones portuarias colombianas y su estabilidad en el tiempo, señala:

“En la medida en que el Estado colombiano interviene activa y frecuentemente en los parámetros que determinan la tasa interna de retorno o rentabilidad de las concesiones, algunos elementos incorporados en los determinantes de dicha rentabilidad, identificados en los párrafos anteriores⁹⁵ pueden tomarse como relativamente fijos o semifijos, en el sentido de que las Sociedades Portuarias tienen que tenerlos en cuenta como elementos exógenos o semi-exógenos, predeterminados externamente pero directamente aplicables a su actividad. Un elemento que puede ser variable en un momento dado del tiempo (cuando se negocian los contratos de concesión) se convierte en cuasi fijo (inmodificable) cuando se considera el horizonte de una concesión (al menos veinte años).”⁹⁶ (Subraya el Tribunal)

3.1.4.2.3.5. LAS INVERSIONES Y EL CRONOGRAMA DE EJECUCIÓN

En el aparte anterior se señaló que la Concesionaria para sustentar la viabilidad financiera tiene la obligación de presentar, con su propuesta, no solamente el monto de los ingresos y egresos proyectados sino la definición y monto de las inversiones que realizará en el puerto.

El artículo 9.1.2. del Decreto 4735 de 2009 prescribe los documentos mínimos del Estudio Financiero que deben adjuntarse a la solicitud, así:

“9.1.2.1 Presentar un flujo de caja en dólares de los Estados Unidos de América, en medio físico y magnético, debidamente formulado, donde se incluyan ingresos, egresos e inversiones.

⁹⁵ Se refiere a la TIR y a la tasa de descuento.

⁹⁶ ZULETA, Luis Alberto, op. cit., página 56.

9.1.2.2 *Rubro de Ingresos: El rubro de ingresos debe desagregarse así: tipo de carga a movilizar, volúmenes por tipo de carga a movilizar, tarifas por el uso de instalaciones a la carga y al operador, muellaje, almacenaje y otros ingresos portuarios, número de naves a atracar y sus características, porcentaje de carga a almacenar y tiempo de almacenaje discriminado en horas o días dependiendo del modelo a presentar y tiempo libre de almacenaje.*

9.1.2.3 *Rubro de Egresos: El rubro de egresos debe contener los costos y gastos propios de un proyecto portuario discriminando cada uno de ellos.*

9.1.2.4 *Rubro de Inversiones. El rubro de inversiones debe tener un cronograma detallado con su ejecución a través del tiempo, donde se describan los capítulos de inversión con sus correspondientes ítems, es decir, debe especificar cuáles son obras de infraestructura portuaria y cuáles son obras marinas, así como el suministro e instalación de equipos. Además se incluirá el anexo especial que contenga las especificaciones técnicas.*

9.1.2.5 *Para observar la coherencia del modelo se debe entregar con la petición un escenario macroeconómico con las variables que se estiman puedan influir en el mismo, por ejemplo inflación interna, inflación externa, devaluación de largo plazo, TRM (Tasa Representativa del Mercado) fin de año y promedio, PIB (Producto Interno Bruto), entre otros”.*

Mediante Resolución No. 073 de febrero 17 de 2010, en la cual se otorgó la concesión, en el artículo décimo bajo el título PLAN DE INVERSIONES se lee:

“ARTÍCULO DÉCIMO. - PLAN DE INVERSIONES: *El plan de inversiones que desarrollará la SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A, en la zona de uso público equivale a QUINCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DIEZ DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 15.755.810)*

PARÁGRAFO PRIMERO. - En el evento que la SOCIEDAD ZONA FRANCA ARGOS S.A., solicite modificación del plan de inversiones aprobado en esta resolución, deberá garantizar que el VP (Valor Presente) de las inversiones sea igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES). Para este efecto el V.P de las inversiones es de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA US\$13.478.414).

PARÁGRAFO SEGUNDO. - El Cronograma y Plan de Inversiones a desarrollar por la SOCIEDAD FRANCA ARGOS S.A., en obras civiles y equipos, en dólares corrientes es el siguiente:

INVERSIÓN AÑO 1	
NUEVA PLATAFORMA	
Obra Civil Muelle	6.219.202
Plataforma de Acceso al Muelle	225.643
Fenders (Defensas)	375.888
Otros	2.257.773
Puente de Banda	1.942.740
Soporte de Banda	168.355
Bases de Banda	112.821
Red de Contraincendios	33.846
SISTEMA DE CARGUE	
Banda Transportadora de Cemento	791.052
Ship Loader	2.088.268
Telescópico	44.175
Otros	151.937
Rieles	90.466
Banda Tripper	16.064
Detector de metales	20.062
Válvula de 2 vías	25.346
SISTEMA DE DESCARGUE	
Tolvas de Recepción	372.745

Vibradores	77.245
Puertas Automatizadas	16.867
Banda Transportadora de Mat. Primas	451.066
SISTEMAS DE COLECCIÓN DE POLVO	130.209
SISTEMAS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO	297.454
SISTEMAS ELECTRICOS Y DE CONTROL	416.463
Equipos eléctricos y de control	117.930
Otros	298.533
TOTAL AÑO 1	13.915.958
INVERSIÓN AÑO 2	
SISTEMA DE AMARRE	
<i>Dolphins</i>	1.169.006
TOTAL AÑO 2	1.196.006
INVERSIÓN AÑO 3	
SISTEMA DE DESCARGUE	
<i>Banda Transportadora</i>	670.816
TOTAL AÑO 3	670.816
TOTAL INVERSIÓN	15.755.810

(...)

La Cláusula Séptima del Contrato a su vez dispone:

“CLÁUSULA SÉPTIMA. PLAN DE INVERSIONES: El plan de inversiones que desarrollara EL CONCESIONARIO en la zona de uso público, equivale a **QUINCE MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS DIEZ DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 15.755.810).**
PARÁGRAFO PRIMERO. - En el evento que el CONCESIONARIO solicite modificación del plan de inversiones pactado en este contrato, deberá garantizar que el VP (Valor Presente) de las inversiones, sea igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al **14,60%** anual (WACC EN

CORRIENTES). Para este efecto el V.P., de las inversiones es de **TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$ 13.478.414)**

PARÁGRAFO SEGUNDO: El Cronograma y Plan de Inversiones a desarrollar por EL CONCESIONARIO en obras civiles y equipos, en dólares corrientes, es el siguiente:

INVERSIÓN AÑO 1	
NUEVA PLATAFORMA	
<i>Obra Civil Muelle</i>	6.219.202
<i>Plataforma de Acceso al Muelle</i>	225.643
<i>Fenders (Defensas)</i>	375.888
<i>Otros</i>	2.257.773
<i>Puente de Banda</i>	1.942.740
<i>Soporte de Banda</i>	168.355
<i>Bases de Banda</i>	112.821
<i>Red de Contraincendios</i>	33.846
SISTEMA DE CARGUE	
<i>Banda Transportadora de Cemento</i>	791.052
<i>Ship Loader</i>	2.088.268
<i>Telescópico</i>	44.175
<i>Otros</i>	151.937
<i>Rieles</i>	90.466
<i>Banda Tripper</i>	16.064
<i>Detector de metales</i>	20.062
<i>Válvula de 2 vías</i>	25.346
SISTEMA DE DESCARGUE	
<i>Tolvas de Recepción</i>	372.745
<i>Vibradores</i>	77.245
<i>Puertas Automatizadas</i>	16.867
<i>Banda Transportadora de Mat. Primas</i>	451.066
SISTEMAS DE COLECCIÓN DE POLVO	130.209

SISTEMAS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO	297.454
SISTEMAS ELECTRICOS Y DE CONTROL	416.463
<i>Equipos eléctricos y de control</i>	117.930
<i>Otros</i>	298.533
TOTAL AÑO 1	13.915.958
INVERSIÓN AÑO 2	
SISTEMA DE AMARRE	
<i>Dolphins</i>	1.169.006
TOTAL AÑO 2	1.196.006
INVERSIÓN AÑO 3	
SISTEMA DE DESCARGUE	
<i>Banda Transportadora</i>	670.816
TOTAL AÑO 3	670.816
TOTAL INVERSIÓN	15.755.810

PARÁGRAFO PRIMERO. Auditoría y Control del Plan de Inversiones. El Plan de inversión estará sujeto al control de una auditoría y control externo, el cual será contratado por el INCO, mediante los procedimientos aplicables que garanticen la transparencia en su selección y su costo será asumido por el CONCESIONARIO, efecto para el cual se obliga a constituir dentro de los sesenta (60) días siguientes a la suscripción del contrato de concesión, un encargo fiduciario en los términos y condiciones que indique la Entidad. Esta Auditoría y Control es la encargada de revisar que las obras y las inversiones en equipos se realicen dentro de la normatividad vigente en cuanto a las especificaciones técnicas y tecnológicas en la construcción de infraestructura. En el mismo sentido debe verificar la correspondencia ente el valor de las inversiones ejecutadas y su imputación al Plan de Inversiones (...)"

En la cláusula Décima Quinta dentro de las obligaciones del Concesionario el numeral 15.33 señala:

“(…) 15.33. Realizar las inversiones objeto del plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte del presente contrato”.

Respecto del alcance de las disposiciones transcritas, se precisa lo siguiente:

El plan de inversiones propuesto por la Concesionaria y aceptado por ANI establece de común acuerdo en la suma de USD\$ 15 755 610. Esta suma tiene origen en los documentos de evaluación de las propuestas de ZFA,⁹⁷ los cuales, mediante memorando 2010-040-900314-2 fueron aprobados por el INCO, una vez revisadas las proyecciones financieras.

Con posterioridad a la firma del Contrato, en desarrollo del numeral 3 del párrafo segundo de la cláusula séptima, la Concesionaria solicitó al INCO la aprobación para incorporar unas inversiones adicionales con el objeto de *“elevar el tramo de la banda TC-2 en el sector nororiental –Tambor de cola-, con el objeto de permitir el paso a nivel de los vehículos que trasladan la materia prima descargada de los barcos, con destino a la zona de almacenamiento sector A”* por un valor total de \$ 362 287 997⁹⁸, aprobadas mediante Resolución No. 461 del 3 de noviembre de 2010.

Tal y como atrás se señaló, aun cuando las instalaciones se utilicen exclusivamente como puerto privado, el monto de las inversiones es un asunto que interesa al Estado en tanto y en cuanto, al vencimiento del plazo del contrato serán estas precisamente las que reviertan en su favor. Esta conclusión difiere de lo señalado en el numeral 2.2. de la certificación del comité de conciliación en el punto *“NO NECESIDAD DE LA EJECUCIÓN DE LA INVERSIÓN EN LOS TÉRMINOS EN QUE FUE ESTABLECIDO EN EL CONTRATO”* cuando concluye que *“de acuerdo con la naturaleza de la concesión y tratándose de una operación privada y de tipo de carga granel sólido (cemento), las obras iniciales planteadas en infraestructura, al*

⁹⁷ Memorando interno INCO de abril 10 de 2008 efectúa el análisis financiero, 13 de junio de 2008 evaluación financiera solicitud de concesión Junio 25 de 2008. Aparecen en el CD que obra a folio 504 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

⁹⁸ Comunicación Rad. 2010-409-00905-2 del 26 de febrero de 2010 – Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 203 a 204.

no ser viables para el concesionario de acuerdo con las objeciones que ha presentado, no serían convenientes para la Nación.”⁹⁹

Sin embargo, esta posición inicial fue modificada por la propia ANI en la resolución dentro del proceso administrativo sancionatorio en la cual señala:

“Se constituye el desarrollo del Plan de inversiones, en lo que atañe a la presente controversia administrativa, en la obligación más relevante de esta relación jurídica contractual, y que por lo mismo resulta imprescindible su cumplimiento, toda vez que ésta además de materializar las proyecciones técnicas y financieras establecidas por el Contratista para la satisfacción de las necesidades que la comercialización y transporte de sus productos requieren, hacen parte del patrimonio público, ya que por estar enmarcadas dentro de la concepción de un contrato de concesión, estará su titularidad en cabeza del Estado una vez opere la etapa de reversión”¹⁰⁰.

Sobre este particular la testigo Diana Ximena Corredor Reyes declaró lo siguiente:

“DRA. TORRES: Sí, pero quisiera que nos explicara, por favor, qué efecto tiene entonces no hacerse las inversiones en el tiempo específico que establece el contrato de concesión.

SRA. CORREDOR: Pues el efecto que tiene es que si no se actualiza con la fórmula que tiene establecido el contrato, sería un beneficio para el concesionario en el sentido que yo tenía planeado ejecutar las inversiones en el año 1 y 2 del proyecto y las estoy ejecutando en el año 5 y 6 del proyecto, entonces obviamente genera un beneficio a favor del concesionario porque le mejora el activo, no es lo mismo que se invierta un peso hoy a que se invierta un peso en el año 5, eso tiene un tema del valor del dinero en el tiempo que genera un beneficio a favor del concesionario y genera un detrimento para la entidad en el sentido en que, primero no están las obras que estaban

⁹⁹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 377.

¹⁰⁰ Resolución 1380 de 2018 de ANI que aparece en el CD que obra a folio 503 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

inicialmente contempladas para mover un nivel de toneladas en esa zona portuaria y segundo porque no se está retribuyendo lo que finalmente la entidad en su momento hizo en su modelo financiero.

Si yo desplazo esas inversiones, el valor de la contraprestación podría ser mayor, lo cual en este caso no se modificó, no obstante, el mismo contrato prevé la regla para evitar ese beneficio financiero a favor del concesionario y estableció que en el caso que el contrato, que la sociedad portuaria quisiera modificar el plan de inversiones lo que debía hacer era mantener el valor presente neto de esas inversiones.

Entonces digamos que el mismo contrato regula una cláusula en la cual se establece que para que no exista un efecto en contra del Estado se tiene que hacer el balance de verificar que las inversiones que fueron inicialmente planteadas frente a las modificadas se calcule el valor presente neto a esas inversiones y sea exactamente igual para mitigar digamos ese efecto negativo en contra del Estado.”¹⁰¹

Por tal razón, en la política portuaria que se ha adoptado a partir del año 1991, los planes de expansión portuaria establecen una serie de mecanismos financieros para garantizar que al tiempo de la reversión el monto de las inversiones mantenga su valor en el tiempo.

La normativa aplicable a este Contrato bajo el CONPES 2680 de 1993 establece en su página 8 que:

“Las solicitudes de concesión se aceptarán siempre y cuando se cumplan los siguientes requisitos:

(i) Que se asegure la modernización del sistema con la introducción de nuevas tecnologías. Esto debe estar incluido en el plan de inversiones de los concesionarios”

¹⁰¹ Acta No. 12, folios 152 a 156 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a las páginas 6 y 7 de la transcripción (como ayuda metodológica).

Y agrega:

“Con el objeto de garantizar la modernización portuaria, la SGP, encargada de controlar la correcta ejecución de los planes de inversión, de acuerdo con el cronograma y alcance definido de los contratos de concesión, podrá determinar la reversión de la concesión en los siguientes casos:

(i) Cuando el concesionario posponga las inversiones convenidas por un periodo igual o mayor a dos años.”

Por último, al señalar los criterios para definir la nueva contraprestación incluye las inversiones y los compromisos de modernización.

En el dictamen financiero rendido por el experto Julio Villarreal, en la pregunta 1.2 se lee:

“1.2 Sírvase explicar la estructura financiera del Contrato de Concesión 003 de 2010 suscrito entre el INCO y ZFA, con las modificaciones introducidas por el Otrosí de febrero 27 de 2015.

Para proceder a responder la presente pregunta, el Perito realizó una lectura plana y desde una perspectiva financiera del Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010 y del Otrosí 01 de 2015 al Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010. Con base en su lectura, el Perito entiende que es un contrato de concesión portuaria en virtud del cual se concede un bien público en forma temporal y exclusiva con el fin de que el Concesionario puede desarrollar sus operaciones y actividades portuarias de servicio privado por el término de 20 años.

Lo anterior quiere decir que es un contrato de concesión mediante el cual se concede un bien público para la explotación de un privado. De acuerdo al Contrato de Concesión Portuaria No. 003, Zona Franca Argos S.A.S haría uso de este bien público teniendo en cuenta que el Concesionario acepta los riesgos de la actividad económica que desarrolle sobre el puerto privado concesionado.

Ahora bien, al hacer uso de este bien público para desarrollar las actividades portuarias, el Concesionario debe cumplir con la obligación de realizar unas inversiones que, de acuerdo con la ya mencionada cláusula séptima, corresponden un Valor Presente de USD\$ 13.478.414 de 07 de marzo de 2010. Así las cosas, el Concesionario realizaría unas inversiones en dólares corrientes de la siguiente manera: una inversión en el año 1 por US\$ 13.915.988, en el año 2 por USD\$ 1.169.006 y para el año 3 por USD\$ 670.816, descontándolas con una tasa del 14,6% anual en términos nominales. En suma simple, el Concesionario realizaría una inversión de USD\$ 15.755.810. Dichas inversiones dieron origen a la contraprestación que el Concesionario debería pagar por la zona de uso público y la infraestructura. Como ya se dijo, de acuerdo a lo establecido en la cláusula octava del Contrato de Concesión Portuario No. 003 de 2010, estas contraprestaciones por el uso exclusivo de las zonas de uso público y la infraestructura disponible corresponden a pagos anuales de USD\$ 470.070 y USD\$ 55.165, respectivamente.

Las inversiones y los pagos de la contraprestación a cargo del Concesionario constituyen la compensación de los beneficios económicos o flujos de caja efectivos, expresados como el ahorro de los costos en que tendría que incurrir el Concesionario si no tuviera la concesión portuaria para llevar a cabo su operación. Con tales flujos de efectivo el Concesionario amortizaría los egresos representados en las inversiones, por un lado, y en las contraprestaciones, por el otro. Estos ingresos son, entonces, el mecanismo para generar un nivel de rentabilidad que compense las inversiones, el pago de la contraprestación y demás gastos propios del negocio.

Es importante mencionar que la anterior estructura financiera está típicamente representada a través de proyectos de inversión real, en los que se debe contemplar unas inversiones iniciales que se ven reflejadas a través de unos beneficios que se percibirán a lo largo del tiempo en compensación a las inversiones realizadas.

El Perito, por otra parte, analizó el Otrosí 01 de 2015 al Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010. De esta lectura, el Perito entiende que, a petición del

Concesionario, se modificó el cronograma de inversiones, aplazándolo para los años 2015 y 2016. Dichas inversiones, de acuerdo al Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010, fueron descontadas con una tasa de descuento de 14,6% anual en término nominal para preservar su valor presente. Así, de acuerdo al Otrosí 01 de 2015, las inversiones que se deberían realizar para el 2015 y 2016 son de USD\$ 22.022.199 y USD\$ 9.754.072, respectivamente, que en suma simple representa un valor de USD\$ 31.776271.”

Con base en las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que el punto atinente al monto de las inversiones no puede analizarse únicamente a la luz de los ingresos, de la rentabilidad del concesionario del puerto privado o de la capacidad instalada durante la vigencia de la concesión. Existen razones legales para concluir que el interés superior del Estado radica en la finalidad de modernizar la infraestructura portuaria, propósito que se realiza con la reversión de los bienes objeto de inversión por parte del concesionario. La importancia de garantizar esta finalidad para el Estado se refleja en la obligación para la Concesionaria de mantener el VP del monto de las inversiones en caso de modificar el plan de inversiones previamente acordado con la Concesionaria.

3.1.4.2.3.6. LAS FASES DE EJECUCIÓN DE LAS INVERSIONES

Con el propósito de definir la prioridad de las inversiones se pactaron dos fases para la ejecución del proyecto:

“CLÁUSULA QUINTA. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, MODALIDADES OPERACIÓN, VOLÚMENES Y CLASE DE CARGA A LA QUE SE DESTINARÁ EL PROYECTO: CONDICIONES ESPECIALES DE OPERACIÓN DEL PUERTO. *El Terminal marítimo de servicio privado se utilizará, actualizará y ampliará en dos fases, así: 1) **Primera Fase:** Consistirá en la actualización y repotenciación de la infraestructura portuaria que actualmente corresponde a la concesión portuaria otorgada a Cementos Argos S.A. – Planta Cartagena (Resolución No. 266 del 8 de marzo de 1990 expedida por la entonces*

*Dirección General Marítima y Portuaria -DIMAR-), para el manejo de todo de gráneles y empacados de la actividad cementera, que consta de a) muelle principal: Consistente en una estructura en concreto, apoyada sobre pilotes metálicos perfil H de acero; una plataforma formada por entramado de vigas y placas reforzadas en concreto (...) En esta primera Fase se repotenciará el cargador de barcos existente y la capacidad de la banda transportadora. Los equipos para las operaciones portuarias de manejo de carga marítima (cargue, descargue, trasbordo) serán de propiedad del operador portuario encargado de tales actividades. 2) **Segunda Fase:** En la segunda fase se construirán muelles adicionales para barcos y barcasas, se adecuarán áreas adicionales para patios para el manejo de gráneles y empacados, ya sea dentro de la zona adyacente de servicios correspondiente a las actuales instalaciones portuarias o bien en la zona adyacente de servicios correspondiente a los terrenos aledaños a la zona de uso público de la darse de Cospique o a las zonas de uso público del proyecto que fuera de Álcalis Colombia S.A. (...) El desarrollo de la segunda fase, así como la determinación de las obras que se desarrollarán dependerán de las condiciones del mercado internacional del cemento y de los otros productos asociados al proceso productivo que desarrolla el CONCESIONARIO (...)*”

En la descripción inicial de las inversiones y en el cronograma presentado por la Concesionaria estaba consagrado que se adelantarian obras correspondientes a la Fase 1, priorizadas durante los tres primeros años de la concesión con un monto representativo de USD\$ 13 000 000 durante el primer período. Respecto de estas inversiones la Concesionaria asumió una obligación de hacer con objeto cierto, en calidad y en cantidad, que deberían ejecutarse dentro de un plazo determinado.

Las inversiones en la Fase 2 “*se construirán muelles adicionales para barcos y barcasas, se adecuarán áreas adicionales para patios para el manejo de gráneles y empacado...*” no han sido priorizadas y su ejecución nunca se definió, ni se cuantificó, en cuanto su determinación estaba sujeta a las condiciones internacionales del mercado; por tal razón puede concluirse que mientras las obligaciones priorizadas en la primera fase, eran ciertas y exigibles, las de la segunda estaban sujetas a una condición en función del mercado de cemento.

Adicionalmente. el cronograma y la prioridad de las inversiones, conforme al propio texto de la resolución mediante la cual se otorga la concesión pueden ser modificados de común acuerdo *“con base en las necesidades concretas de expansión de la capacidad del terminal frente al incremento esperado de tráfico de carga y a la necesidad de mantener estándares internacionales de eficiencia en la operación”* (subrayas agregadas) valga decir que ni se contempló el supuesto de modificación como consecuencia de las condiciones del mercado ni se previó la posibilidad de disminuir su capacidad. Esta conclusión del Tribunal difiere de la manifestación del perito en la página 14 del dictamen, donde señala que *“la prioridad de las inversiones dependerá de los volúmenes de carga”*.

3.1.4.2.3.6.1. EL PLAZO

Consecuencia de la naturaleza temporal de la concesión conforme a la Ley 1 de 1991 en el contrato debe establecerse un plazo que, por regla general, no puede exceder de 20 años.

El artículo 8 de la Ley 1 de 1991 dispone:

“ARTÍCULO 8º. Plazo y reversión. El plazo de las concesiones será de veinte años por regla general. Las concesiones serán prorrogables por períodos hasta de 20 años más y sucesivamente. Pero excepcionalmente podrá ser mayor, a juicio del Gobierno, si fuere necesario para que en condiciones razonables de operación, las sociedades portuarias recuperen el valor de las inversiones hechas, o para estimularlas a prestar servicio al público en sus puertos.

Todas las construcciones e inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en las zonas de uso público objeto de una concesión serán cedidos gratuitamente a la Nación, en buen estado de operación, al terminar aquélla.”

En el Contrato de Concesión No. 003 se convino:

“CLÁUSULA DÉCIMA. - PLAZO. *El plazo de la concesión que se otorga es por el término de Veinte (20) años contados a partir de la fecha de perfeccionamiento del Contrato de Concesión Portuaria. En ningún caso habrá lugar a prórroga automática.”*

La Ley 1 de 1991 en cuanto a la posibilidad de prórroga del contrato de concesión exige que se haya ejecutado el 100 % de las obras para que la Concesionaria pueda solicitarla.

3.1.4.2.3.7. EL OTROSÍ NO. 1 AL CONTRATO DE CONCESIÓN

El 22 de diciembre de 2010 la Concesionaria mediante Radicado 201-408-030559 -2¹⁰² solicitó formalmente la modificación del “*cronograma del plan de inversiones*” contenido en la cláusula quinta del Contrato para iniciarlo “*en el 2015 fecha en el cual tenemos previsto la culminación de nuestro proyecto de expansión portuaria especificado como Fase 1.*”

El principal motivo aducido en dicha comunicación indica que “*muy a pesar del comportamiento positivo de las exportaciones del sector cemento de la planta de Cartagena, las cifras previstas nos muestran que solo a partir del año 2015 será necesario contar con una segunda plataforma de arranque y cargue de barcos en nuestra instalación portuaria de Cartagena.*”

Conforme al plan de inversiones, la solicitud inicial se concretaba a desplazar la Fase 1 que se había convenido para ejecución durante los 3 primeros años de la concesión, con base en un nuevo plan de inversiones, que “*serían mayores a las que quedaron incluidas en el contrato de concesión mencionado*”.

La propuesta está incluida en el siguiente cuadro:

¹⁰² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 212.

TRIBUNAL ARBITRAL DE ZONA FRANCA ARGOS S.A.S. CONTRA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-

NUEVA PLATAFORMA	Compromiso 2010	Ejecutado 2010	2013	2014	2015	Saldo por ejecutar a dic 2010
Obra Civil Muelle	USD 6.219.202	0	4.146.136	2.073.067	0	6.219.202
Plataforma de acceso al muelle	USD 226.643	0	150.428	75.214	0	225.543
Fendera (Defensas)	USD 544.766	0	363.177	181.589	0	544.766
Otros	USD 2.257.766	0	1.482.618	776.155	0	2.257.773

SISTEMA DE CARGUE

Banda transportadora de Cemento	USD 1.146.452	898.506	0	247.946	0	247.946
Ship Loader	USD 6.316.439	3.023.769	2.292.670	0	0	2.282.670
Chute Telescópico	USD 64.022	64.022	0	0	0	0
Otros	USD. 208.812	208.812	0	0	0	0

SISTEMA DE DESCARGUE

Tolvas de Recepción		0	0	0	0	
Vibradores		0	0	0	0	
Puertas Automatizadas		0	0	0	0	
Banda Transportadora de Mat. Primas		0	0	0	0	

**SISTEMAS DE COLECCIÓN DE
POLVO**

USD 188.709	188.709	0	0	0	
-------------	---------	---	---	---	--

**SISTEMAS DE LIMPIEZA Y
MANTENIMIENTO**

USD 297.454	297.454	0	0	0	
-------------	---------	---	---	---	--

**SISTEMAS ELECTRICOS Y DE
CONTROL**

USD.469.446	0	0	469.446	0	469.446
-------------	---	---	---------	---	---------

SISTEMA DE AMARRE

Dolphins	USD 1.169.008	0	777.337	369.669	0	1.169.006
----------	---------------	---	---------	---------	---	-----------

SISTEMA DE DESCARGUE

Banda Transportadora (Descargue de Barcazas)		0	0	0	0	
--	--	---	---	---	---	--

TOTAL INVERSIÓN FASE # 1

18.107.723	4.681.272	9.214.386	4.212.086	0	13.426.451
------------	-----------	-----------	-----------	---	------------

Para sustentar su petición, la Concesionaria preparó la proyección de la demanda y agregó que *“conforme a la cláusula quinta del contrato en mención, según la cual la determinación de las obras que se desarrollarán dependerá de las condiciones del mercado internacional.”*

Tal y como se expuso en el aparte sobre las fases del proyecto, la correcta interpretación de la cláusula quinta del contrato, en criterio del Tribunal, no tiene el alcance que señala la Concesionaria. En efecto, en el numeral 2 de la descripción del proyecto bajo el título Segunda Fase, se mencionan de forma indicativa, la construcción de muelles adicionales para barcos y barcazas. El mismo numeral las califica como *“estas nuevas obras podrán incluir”* (se subraya), utilizando el verbo en modo condicional. Después de un punto seguido el texto de la cláusula señala: *“El desarrollo de la segunda fase, así como la determinación de las obras que se desarrollarán dependerán de las condiciones del mercado internacional del cemento y de los otros productos asociados al proceso productivo de desarrollo.”*

La segunda parte de la oración, aquella que condiciona el desarrollo a las condiciones del mercado y la determinación de las obras, solamente puede aplicarse al sujeto de la misma oración *“la segunda fase”* y no extenderse a la primera fase que había sido objeto de una estipulación diferente.

Revisado el nuevo plan de inversiones propuesto se observa que las obras descritas para el desplazamiento de las inversiones se contraen a la Fase 1 y no a la Fase 2 luego no es dable concluir que dicha modificación tiene relación alguna con la situación del mercado. Expresada claramente la voluntad de las partes, no hay lugar a una conclusión diferente, conforme a las reglas de interpretación de los negocios jurídicos.

El alcance y el monto de la propuesta de modificación de las inversiones fue negado inicialmente a través del memorando No. 2011-303-02096 1 en cuanto solo era posible acceder a lo solicitado *“si se mantenía el valor presente neto de las inversiones”*; posteriormente fue objeto de una nueva solicitud el 19 de agosto de 2011, modificada el 3 de

febrero y el 23 de agosto del 2012¹⁰³ a instancias del INCO¹⁰⁴, y tras exponer las razones que motivan el desplazamiento en las dos últimas comunicaciones citadas se afirma:

“(…) quisiéramos enfatizar que Zona Franca Argos S.A.S. titular del contrato de concesión de puerto de Cartagena, garantizará el Valor Presente Neto (VPN) de la inversión, para cumplir a cabalidad con esta cláusula del contrato, el cual tendrá un beneficio adicional para el Estado, pues los equipos se entregarán con menos edad de lo convenido”

“De esta manera, Zona Franca Argos S.A.S. como titular del contrato de concesión del puerto de Cartagena garantiza el Valor Presente Neto (VPN) de la inversión para cumplir debidamente con la cláusula séptima...” (Subrayado propio)

En el mismo proceso de negociación de la modificación, fue necesario trasladar unas inversiones que ANI no aceptó incorporar en el año 2010 para desplazarlas al año 2015 y *“para poder mantener el Valor Presente Neto (VPN) acordado en el contrato de concesión por US\$13.478.414, las inversiones se incrementarán en US\$ 5.3 millones, para una inversión total de US\$31.776.271.”*^{105 106}

Cada una de las propuestas presentadas se acompañó de los respectivos modelos y análisis financieros que justificaban las proyecciones y el mercado de cemento en los años en los cuales se ejecutarían las inversiones.

Transcurridos casi tres años desde la solicitud inicial, en un proceso que fue objeto de intercambio de propuestas y comentarios de ambas partes, el 2 de diciembre de 2014 ANI expidió la Resolución 1651, mediante la cual aprueba una modificación y un ajuste al

¹⁰³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 216 a 222 y 229 y 230.

¹⁰⁴ Comunicación 2011-303-00-2096-1 INCO de 25 de febrero de 2011 que aparecen en el CD que obra a folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹⁰⁵ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 236.

¹⁰⁶ Oficio 2018-303-018-106-1. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 234.

cronograma de ejecución del Plan de Inversiones en el Contrato de Concesión Portuaria No. 003.¹⁰⁷

3.1.4.2.3.7.1. LA MODIFICACIÓN DEL CONTRATO

Consecuencia de la aprobación de la modificación la cláusula séptima quedó así:

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

CLÁUSULA SÉPTIMA. PLAN DE INVERSIONES. *El plan de inversiones que desarrollará EL CONCESIONARIO en la zona de uso público equivale a TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES (USD\$31.776.271) en valores corrientes. EL CONCESIONARIO deberá presentar reportes mensuales de las inversiones realizadas, detallando para cada ítem el estado de avance físico y financiero.*

INVERSIÓN	TOTAL	Ejecutado 2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Año contractual		Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
NUEVA PLATAFORMA	17.579.819	-	-	-	-	-	10.129.567	7.450.252
RELIMPIA	-	-	-	-	-	-	-	-
SISTEMA DE CARGUE	11.515.469	-	-	-	-	-	10.490.937	1.024.532
SISTEMAS DE COLECCIÓN DE POLVO	188.709	-	-	-	-	-	188.709	-
SISTEMAS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO	297.454	-	-	-	-	-	297.454	-
SISTEMAS ELÉCTRICOS Y DE CONTROL	808.613	-	-	-	-	-	-	808.613
SISTEMA DE AMARRE	1.386.206	-	-	-	-	-	915.531	470.675
TOTAL DE INVERSIÓN	31.776.271	-	-	-	-	-	22.022.199	9.754.072
Tasa de Descuento	14,60%							
VPN NUEVO CRONOGRAMA	13.479.394							
VPN CONTRACTUAL	13.478.414							
DIFERENCIA EN VPN (A cuenta y Riesgo)	980							

PARÁGRAFO PRIMERO. *En el evento que EL CONCESIONARIO solicite modificación del plan de inversiones aprobado en la Resolución No. 1651 de 2014,*

¹⁰⁷ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 238 y ss.

deberá garantizar que el Valor Presente (VP) de las inversiones sean igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES). Para este efecto el V.P de las inversiones es de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE DÓLARES (US\$ 13.478.414). Así mismo, EL CONCESIONARIO deberá conservar todos los soportes de inversión de cada una de las obras a ejecutar y presentar los reportes que sobre el particular le sean exigidos por el área contable de la entidad (Este aparte subrayado es incluido frente a la cláusula original).

PARÁGRAFO SEGUNDO. En razón a que el V.P del cronograma de inversiones corresponde a TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES (USD\$ 13.479.394), que supera el V.P contractual en NOVECIENTOS OCHENTA DÓLARES (USD\$ 980), este valor será asumido a cuenta y riesgo por el CONCESIONARIO.

PARÁGRAFO TERCERO. CONTROL DEL PLAN DE INVERSIONES – INTERVENTORÍA. El Plan de Inversiones aprobado en la Resolución No. 1651 de 2014 estará sujeto al control de una interventoría que será contratada por la ANI, a través de los procedimientos de selección previstos en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007 y sus decretos reglamentarios, cuyo costo será asumido por EL CONCESIONARIO. Para ello, EL CONCESIONARIO deberá constituir dentro de los 30 días siguientes a la suscripción del presente OTROSI, un patrimonio autónomo en pesos colombianos que contendrá los recursos que LA AGENCIA utilizará para dicho pago, de acuerdo con la TRM de la fecha en que se realice.

Esta interventoría será la encargada de revisar que las obras y las inversiones en equipos se realicen dentro del cronograma previsto en el Plan de Inversiones y bajo cumplimiento de la normativa vigente en cuanto a especificaciones técnicas y tecnológicas en la construcción de infraestructura. De la misma forma, deberá verificar la correspondencia entre el valor de las inversiones ejecutadas y su imputación al Plan de Inversiones.

PARÁGRAFO CUARTO: VALOR DE LA INTERVENTORÍA. EL CONCESIONARIO deberá depositar en el patrimonio autónomo que constituya para el efecto, los siguientes valores:

Año	Valor de la Interventoría USDS *
Año 1	0
Año 2	0
Año 3	0
Año 4	0
Año 5	307.433
Año 6	0
Total	307.433
Wacc	14,60%
VP	\$155.509

*Equivalentes en pesos (COP\$) a la TRM de la fecha en que realice el depósito

EL CONCESIONARIO deberá mantener el valor presente (VPN) de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NUEVE DÓLARES (USD\$ 165.509), por los aportes realizados para pago de la interventoría descontados a la tasa de 14,60%. Los costos y gastos derivados de la administración del patrimonio autónomo deberán ser asumidos en su totalidad por EL CONCESIONARIO y no serán descontados del valor aportado para la Interventoría

PARÁGRAFO QUINTO: REGLAS DEL PLAN DE INVERSIONES. Las inversiones a realizar por parte del CONCESIONARIO estarán sujetas a las siguientes reglas: 1) *Prioridad de Inversiones:* Las inversiones se encuentran priorizadas de acuerdo con el Plan de Inversiones. No obstante LAS PARTES de común acuerdo podrán modificar la prioridad de las inversiones, con base en las necesidades concretas de expansión de la capacidad del terminal frente al incremento esperado de tráfico de carga y a la

necesidad de mantener estándares internacionales de eficiencia en la operación. 2) Reversión: La totalidad de las obras y equipos contenidos en el Plan de Inversiones ubicadas en zonas de uso público (salvo en caso de que se trate de derechos de propiedad intelectual que por su naturaleza no pueden ser objeto de transferencia), revertirán a la Nación al finalizar la Concesión, con independencia de que se hayan ejecutado directamente por EL CONCESIONARIO o por este a través de terceros y de la forma de adquisición o financiación de las mismas. 3) Inversiones Adicionales: En el evento que habiéndose ejecutado el monto total del Plan de Inversiones llegaran a requerirse inversiones adicionales, ellas deberán ser previamente autorizadas por LA ANI o quien haga sus veces, previo cumplimiento de los requisitos que para estos efectos establezca la ley.

PARÁGRAFO SEXTO: *En caso de presentarse una diferencia entre el Interventor y EL CONCESIONARIO la misma se trasladará a LA ANI y en caso de subsistir la diferencia, esta se someterá al mecanismo de solución de controversias establecido en EL CONTRATO.*

PÁRAGRAFO SÉPTIMO: *Sin perjuicio de las facultades del Interventor, EL CONCESIONARIO será autónomo en el manejo financiero, administrativo, técnico y operativo del terminal y deberá sujetarse en cumplimiento de las obligaciones prevista en el contrato.”*

Del trámite de la modificación y de las pruebas que obran en el proceso, el Tribunal considera importante señalar los siguientes aspectos.

En primer lugar, se resalta la estricta exigencia bajo la cual ANI sujetó la aprobación de esa modificación a la aplicación de la cláusula que obliga a mantener el VPN como consecuencia de la modificación del plan de inversiones y la “*garantía*” expresa de la Concesionaria de mantenerlo en el nuevo plan, para actualizar el valor del contrato de USD\$ 15 755 810 a USD\$ 31 776 271 en cumplimiento de la estipulación.

Ambas partes expresaron su aceptación y consentimiento respecto de los términos y condiciones de la modificación que se pactó y no se encontró manifestación alguna de la Concesionaria en la cual desconociere la aplicación de la cláusula séptima o dejare constancia sobre la falta de idoneidad de la tasa o la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones de inversión a partir de los años 2015, 2016 y 2017, porque fue precisamente ella la que estimó que los volúmenes de exportación y el mercado se recuperarían a partir de esas fechas.

En su declaración, el testigo Santiago Jaramillo Botero, dejó claro que la Concesionaria tenía conocimiento amplio de su negocio y mercado para hacer tal estimación:

***DR. NAMÉN:** ¿Usted conoce la estructura económica y los riesgos que fueron contratados específicamente en esta relación contractual?*

***SR. JARAMILLO:** Conozco el contrato y específicamente estoy consciente de que hay una distribución de riesgos y hay también una estructura económica en lo que tiene que ver con el modelo económico hubo un modelo tanto para la celebración del contrato como para el otrosí, así como para las diferentes negociaciones que por lo menos orientaba las discusiones entre la ANI y la Zona Franca.*

***DR. NAMÉN:** Concretamente doctor Jaramillo y con esto doctor Ariza usted prosigue conociendo esa estructura económica y los riesgos que ambas partes estimaron, asignaron y distribuyeron frente a las causas concretas que implicaron esa reducción ¿cuál fue en lo que usted sepa y le conste el análisis específico que se hizo al interior de Argos?*

***SR. JARAMILLO:** Se hizo un análisis muy profundo porque somos una compañía cementera de 85 años de experiencia y tenemos unas áreas tanto de mercado como financiera que se dedican permanentemente a hacer este tipo de análisis y para los momentos en que se hicieron las diferentes solicitudes el acompañamiento siempre*

estuvo o la orientación siempre estuvo dada a entender cuáles eran las condiciones del mercado.

Hubo condiciones como mencionaba ahora que fueron totalmente ajenas a los pronósticos de la compañía que fueron precisamente los que nos tienen tanto discutiendo desde hace 3 años una modificación al contrato como presentes en este Tribunal de Arbitramento.”¹⁰⁸

Tanto en el proceso de la modificación, como en la celebración del contrato original, la sociedad concesionaria fue quien originó la propuesta del plan y la priorización conforme a sus propias necesidades y estimaciones de recuperación del mercado de cemento y conserva tanto la responsabilidad de estructuración del proyecto reformado como los riesgos iniciales que asumió al celebrar el contrato.

En el texto del Otrosí no se modificaron las fases de las inversiones convenidas en la cláusula quinta original, luego la obligación de la Concesionaria se contrae a la Fase 1 y tampoco se modificó el valor de la contraprestación por infraestructura como consecuencia del nuevo monto de las inversiones.

3.1.4.3. LA CONDUCTA CONTRACTUAL DE LAS PARTES

Para iniciar el análisis de la conducta contractual de las partes, el Tribunal debe partir del principio “*pacta sunt servanda*” y del concepto de servicio público que está implícito en la celebración y en la ejecución de los contratos estatales (artículos 1602 y 1603 del Código Civil, artículos 1, 13 y 40 de la Ley 80 de 1993).

Tanto bajo la vigencia del Decreto Ley 222 de 1983 como de la Ley 80 de 1993, las normas que rigen los contratos estatales se aplican conforme a los principios generales de la

¹⁰⁸ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 7 de la transcripción (como ayuda metodológica).

contratación pública encaminados a garantizar los fines del Estado y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos. Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta que al contratar con el Estado colaboran con la administración en el logro de sus fines.

Además, conforme al artículo 13 de la Ley 80 de 1993 estos contratos se rigen por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en dicha ley.

En desarrollo del carácter obligacional del vínculo contractual, que emana de la voluntad conjunta de las partes, es principio general que las obligaciones recíprocas adquiridas deben ejecutarse de buena fe en los términos y condiciones en que fueron contraídas (artículos 1602 y 1063 del Código civil reiterados por el artículo 40 de la Ley 80 de 1993.)

En concordancia con los anteriores preceptos los artículos 4 y 5¹⁰⁹ de la citada Ley 80 de 1993 al describir los derechos y deberes de las entidades estatales y de los contratistas, desarrollan estos principios generales. Se destaca el numeral segundo del citado artículo 5 a cuyo tenor los contratistas *“colaborarán con las entidades estatales en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse.”*

El Consejo de Estado lo ha expresado en los siguientes términos:

“(…) 16. 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 deben 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

¹⁰⁹ Artículo 4, numerales 1, 3 y 5 y Artículo 5, numeral 2.

defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que solo 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 solo 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 fe y, por consiguiente, obligan no solo 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 clausula especial.”¹¹⁰

Una de las obligaciones adquiridas por la Concesionaria en el contrato 003 de 2010 se contrae a la ejecución de las inversiones conforme al cronograma de obra presentado e incorporado al Contrato, que se programó para ejecutarse durante los tres primeros años de vigencia a partir del año 2010.

Tal y como se expuso anteriormente habían transcurrido ocho meses desde la firma del Contrato, cuando el 22 de diciembre del 2010¹¹¹, Zona Franca Argos S.A.S. se dirigió a la entidad estatal para solicitarle la modificación del plan de inversiones y su desplazamiento del año 2010 al año 2015, con base en la situación del mercado del cemento.

En el mes de diciembre del año 2014 la entidad expidió la Resolución mediante la cual modifica la resolución 073 que había otorgado la concesión y como consecuencia el 27 de febrero de 2015 se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de Concesión. En la Resolución

¹¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 30 de enero de 2013, Rad. 20001-23-31-000-2000-01310-01 (24217).

¹¹¹ Comunicación Rad. 2010-409-030589-2 22 de diciembre de 2010, Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 212 a 215.

citada, expresamente señala la entidad estatal que *“en este caso podría considerarse que no estamos en presencia de una inejecución del plan de inversiones que constituya incumplimiento de esta obligación contractual, toda vez que la Concesionaria informa en su oportunidad, esto es antes de finalizar el primer año de ejecución de las inversiones (14/12/2010) la ocurrencia de tales circunstancias y acudió a un mecanismo establecido en el mismo contrato.”*¹¹²

Con posterioridad a que la entidad estatal accediera a la solicitud de modificación y actualización del cronograma, después de suscrito el Otrosí No. 1, la Concesionaria, que debía iniciar las inversiones en el año 2015, no adelantó gestiones tendientes al desarrollo del objeto contractual y al terminar dicho año el valor total de las inversiones ejecutadas solamente ascendía a 0,21 %.

Así está probado en memorando remitido en octubre de 2015 por ANI a la Concesionaria y en las declaraciones de los testigos¹¹³. Adicionalmente, en los documentos aportados por los testigos Santiago Jaramillo Botero y Gabriel Ignacio Ballestas Blanco se evidenció que la Concesionaria solamente inició la construcción de las inversiones a las cuales se comprometió en el Otrosí No. 1, a finales del año 2018 y durante el año 2019, esto es, transcurridos tres años desde la firma de la modificación y ocho desde la firma del contrato inicial.¹¹⁴

Cuando las nuevas proyecciones de la Concesionaria predecían que el mercado de cemento se recuperaría a partir del año 2015, la Concesionaria acudió nuevamente a solicitar de la Entidad Estatal la modificación sustancial de la concesión. En una de las primeras solicitudes la Concesionaria le planteó a la Entidad la modificación del plazo y del área de la concesión, el monto de la contraprestación y el valor y el objeto de las inversiones, en un negocio

¹¹² Resolución 1651 de diciembre 2 de 2014, pág. 4 y 5. Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 241.

¹¹³ Cuando el monto de las inversiones todavía era de USD\$ 31 776 271 conforme al cronograma.

¹¹⁴ Documentos aportados por Gabriel Ignacio Ballestas Blanco y Santiago Jaramillo Botero. Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 1 a 68 y 69 a 305 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

sustancialmente diferente al originalmente planteado. De tal suerte que, no obstante que la iniciativa del negocio es presentada y formulada por el Concesionario, que es experto conocedor del negocio del cemento y que desde la firma del contrato asumió la obligación de ejecutar el plan de inversiones, su conducta y sus esfuerzos en lugar de encaminarse a desarrollar el proyecto en los términos en que fue concebido, se dirigió en dos oportunidades diferentes a solicitar la modificación del contrato respecto de un aspecto fundamental y esencial de la concesión portuaria cual es el plan y el valor de las inversiones.¹¹⁵

Sobre este particular considera el Tribunal que la manifestación de la Concesionaria de solicitar la modificación del contrato para suspender de hecho su ejecución, porque concluyó que los supuestos con base en los cuales se celebró no hacen financieramente viable su cumplimiento, no es causa suficiente y eficaz para eximirlo de cumplir con el contrato en los términos en los que fue celebrado; aceptar tal interpretación atenta no solamente contra el carácter vinculante de los contratos sino contra las normas que rigen la contratación estatal, en tanto pone el peligro el cumplimiento de sus fines.

El apoderado de la parte convocante en sus alegatos sostiene respecto de este punto:

“1. La segunda objeción que formuló la entidad concedente es que ZFA incumplió el Otrosí 1 y que ese retardo contribuyó a la mayor onerosidad de la prestación por la aplicación de la Tasa de Descuento. Ese planteamiento no tiene sustento legal ni probatorio. La parte convocada desconoció que la inejecución de una prestación que se ha tomado excesivamente onerosa por circunstancias sobrevenidas no equivale, desde el punto de vista jurídico, al incumplimiento culpable de la misma. Así lo han dicho los Tribunales Arbitrales: el deudor afectado por la excesiva onerosidad sobrevenida puede legítimamente abstenerse de cumplir, bajo el supuesto de intentar la acción por imprevisión.

¹¹⁵ Comunicación Rad. 2016-409-004864-2 21 de enero de 2016. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 283 a 287 y Comunicación Rad. 2016-409-014079-2 22 de febrero de 2016. Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 289 a 291.

2. *En el laudo que resolvió las controversias entre Dragados Hidráulicos Ltda. y Concesionaria Tibitoc S.A. E.S.P. se plantearon las siguientes reflexiones a propósito de este tema: ...”*

El Tribunal respetuosamente se aparta de dicho pronunciamiento arbitral y de los argumentos de la Convocante, así como de su afirmación de que por tratarse de un puerto privado *“la inejecución de las inversiones en la construcción del nuevo muelle solo afecta al Concesionario, pero no desmejora la situación de terceros usuarios (que no existen), ni la de la entidad concedente (que no produce gráneles y empacados del proceso cementero).”*¹¹⁶

En desarrollo de las normas de contratación estatal es cierto que el contratista tiene el derecho de solicitar la revisión del contrato cuando quiera que considere que hay causas objetivas y reales para restablecer el equilibrio económico del contrato. A la administración por su parte, le asiste la obligación correlativa de revisar el contrato y adoptar las medidas encaminadas a restaurar el equilibrio contractual (Ley 80 de 1993, art. 4 numeral 3, art. 5 numeral 1º y art. 27).

Sin embargo, el principio del *“pacta sunt servanda”* predica también que las partes están obligadas a cumplir sus obligaciones en los términos en los que fueron contraídas, salvo que medie su voluntad conjunta y su consentimiento para modificar sus estipulaciones o dejarlas sin efecto.

La armónica interpretación de estos dos principios implica que deben aplicarse de tal forma que ninguno prime sobre el otro, particularmente para no detener el curso contractual mientras se definen de común acuerdo o por intermedio del juez del contrato, si la ocurrencia de los hechos invocados se subsume dentro de los supuestos legales del desequilibrio o de la imprevisión.

¹¹⁶ Página 46 de las Alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 200 reverso.

En consideración a lo anterior, en criterio del Tribunal la Concesionaria no está facultada unilateralmente para suspender los efectos del contrato mientras negocia con la administración en tanto esa conducta implica desconocer sus obligaciones contractuales. En el marco de la diligencia y de la buena fe que inspiran la actividad contractual, la parte que se considera afectada no está exonerada de cumplir con la mera solicitud de modificación o revisión.

Con el fin de evitar que de su conducta contractual se deriven consecuencias implícitas como sería la pérdida del derecho a solicitar el restablecimiento del equilibrio por haber ejecutado la obligación en estas circunstancias de onerosidad, la prudencia y el juicio del contratista recomiendan tanto el cumplimiento de la obligación que se considera desequilibrada como manifestaciones expresas frente a la administración en el sentido de advertir que se reserva el derecho de reclamar o solicitar la modificación.

Con independencia del proceso sancionatorio o de las causales invocadas por la Entidad Estatal, en el presente caso la ejecución tardía de las inversiones frente al cronograma inicial tiene efectos directos en el monto de dichas inversiones, que impactan a la Concesionaria.

El perito financiero al responder la pregunta 7.1. del dictamen señaló:

“La finalidad de la inclusión de una tasa de descuento es introducir dentro del contrato de concesión un mecanismo desincentivo ante la no realización de las inversiones programadas. Es decir, esta tasa de actualización se puede entender financieramente hablando como una penalidad que se impone al concesionario si este no realiza las inversiones que están estipuladas contractualmente. En otras palabras, en el caso que no se lleven a cabo las inversiones en un determinado tiempo y estas se hagan un tiempo mas adelante, conceptualmente se debería reconocer la existencia del valor del dinero en el tiempo de los recursos involucrados respecto a las inversiones que deben llevar a cabo.”

Según se lee en el aparte transcrito, el desplazamiento de las inversiones tiene una consecuencia en la economía del contrato y en los costos del concesionario: porque en la medida en que transcurre el tiempo está obligado a mantener el valor presente y a aplicarlo al monto de esas inversiones. En conclusión, la decisión autónoma del concesionario de suspender la ejecución de las inversiones mientras ANI le decidía las solicitudes tendientes a modificar las condiciones iniciales o a reconocer la existencia de hechos imprevisibles e irresistibles, tiene consecuencias económicas en el propio concesionario de las cuales no puede sustraerse si no están acreditados los supuestos de excepcionalidad o anormalidad de los hechos.

Conocedora de los efectos de la cláusula séptima, la Concesionaria, en ejercicio del derecho a solicitar la revisión del contrato y ante la posibilidad de que esta solicitud no prosperara, a su propio riesgo asumió las consecuencias de desplazar las inversiones desde el año 2015 hasta el año 2018, decisión que tuvo un efecto directo en la economía del contrato. A mayor tiempo, mayor valor de la inversión.¹¹⁷ En consecuencia, el valor actual de las inversiones que no se realizaron en el año 2015 se ha incrementado a la tasa del 14,6 % anual desde el año 2015.

“El perito hace uso de las inversiones pactadas en el Otrosí 01 de 2015 al Contrato de Concesión No. 003 de 2010 con el fin de actualizar las inversiones para la fecha indicada de la presente pregunta. Es así que, para preservar el VP de las inversiones, se debería invertir en el año 2020 (es decir si éstas se ejecutan en el año contractual comprendido entre marzo de 2020 a marzo 2021 un valor de US\$60.353.322”¹¹⁸

En comunicación dirigida por Zona Franca Argos S.A.S. a ANI en el año 2018 expresamente manifestó que con el fin de “mitigar el riesgo”¹¹⁹ y hechas las reservas en cuanto al derecho

¹¹⁷ Páginas 28 y 29 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 533 a 534.

¹¹⁸ Página 61 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 566.

¹¹⁹ Comunicación Rad. 2018-409-101629-2 Zona Franca S.A.S. dirigida a ANI del 1 de octubre de 2018, contenida en el CD que obra a folio 504 A del Cuaderno de Pruebas No. 1: “(...) 2. Sin perjuicio de lo indicado el numeral anterior, le informamos que ZFA, con el fin de mitigar los daños que ha sufrido ha adoptado decisiones tendientes a viabilizar la ejecución de las inversiones. Claro está, de las

que le asistía de solicitar la revisión del contrato, había procedido a iniciar las inversiones para ejecutarlas en los años 2019 y 2020.

3.1.4.4. EL PROCESO DE REVISIÓN Y TRÁMITE DE MODIFICACIÓN POSTERIOR A LA FIRMA DEL OTROSÍ No. 1

ANI a partir del año 2015 en ejercicio de su facultad de dirigir el contrato y vigilar su cumplimiento, en varias oportunidades requirió al concesionario para que iniciara las obras correspondientes a las inversiones que estaba programadas para ese año y ante su renuencia inicial su conducta dio lugar al proceso sancionatorio.¹²⁰

El 22 de enero de 2016 la Concesionaria solicitó la modificación del contrato y durante ese año las partes adelantaron una serie de conversaciones en la búsqueda de la modificación bajo una cualquiera de las fórmulas que fue propuesta por la Concesionaria y que fue objeto de modificación en varias oportunidades.¹²¹

Sobre este aspecto señalaron los testigos Diana Ximena Corredor Reyes y Santiago Jaramillo Botero lo siguiente:

“DRA. MESA: Y usted tiene claro, le puede explicar al Tribunal si lo recuerda, cómo es la estructura financiera inicial del contrato, qué fue lo que se modificó en el 2015, y si

inversiones realizables desde el punto de vista técnico y económico que no conduzcan, en virtud de la aplicación inopinada de la cláusula de actualización, a la construcción de una infraestructura no aprovechable por la empresa ni por el Estado En primer lugar, como se le informó en el oficio con radicado 2018-409-075493-2, recursos por valor de COP \$1.537.087.259 fueron trasladados a Fiduciaria Bancolombia, con el fin de pagar la interventoría que vigilará la ejecución de las inversiones. En segundo lugar, ZFA ya adelanta un cronograma de trabajo en el puerto y para presentado solicitamos una reunión con la entidad apenas sea posible. De cualquier manera, reiteramos que la ejecución de obras en el puerto no implica renuncia alguna al derecho a que se revise y reajuste el plan de inversiones, habida cuenta del comportamiento inusitado, anormal e imprevisible del mercado del cemento ya la idoneidad de la cláusula de actualización mencionada antes.”

¹²⁰ Radicado 2015-303-025329 del 28 de octubre de 2015 de ANI. Aparece en el CD que obra a folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹²¹ Comunicaciones 20164090140792 del 22 de febrero de 2016 y 20164090416652 del 20 de mayo de 2016. Aparecen en el CD que obra a folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

se modificó algo, y después cuáles son las situaciones financieras que pudieron dar origen a la solicitud concesionaria.

SRA. CORREDOR: Si, digamos no recuerdo las cifras exactas pero el contrato de concesión se suscribió con unas inversiones y lo que estableció el contrato era que se debía mantener un valor presente neto, si mi memoria no me falla, eran como de 13 millones de dólares y tenía la ejecución de las inversiones en el año 1 y 2 del contrato de concesión, en el año 2015 se suscribió un otrosí en el cual lo que se hizo fue modificar la fecha de la ejecución de las inversiones, entonces las inversiones ya no se iban a ejecutar en ese año 1 y 2 sino que se pasaba al año 5 y 6 o 6 y 7, no recuerdo exactamente cuál de los dos años era, si no estoy mal era para ejecutar en el 2015 y 2016 si mi memoria no me falla.

Lo que se hizo en ese otrosí, fue que al hacer el reajuste de las inversiones por lo que no se habían ejecutado en el año que se había previsto, se dio aplicación a lo que establecía el contrato, que era mantener el valor presente a las inversiones entonces se desplazó en el tiempo, y no eran 9 millones de dólares sino pasó a ser 31 millones de dólares.

¿Por qué el cambio en el valor? porque el mismo contrato tenía una regla que establecía que se tenía que mantener el valor presente neto de las inversiones entonces el efecto de desplazar esas inversiones en el tiempo lo que genera es que la sociedad portuaria tenga que invertir un mayor valor en el momento en que lo va a hacer, pero manteniéndose el mismo valor presente neto a las inversiones, ¿por qué? porque esa es la variable de cierre que tuvo en su momento el modelo financiero del contrato y lo que hace es que me balancea la ecuación contractual del tema.

En el 2015 entonces se hace esa modificación pero posterior a que se hace la modificación se recibe una nueva solicitud por parte de la sociedad portuaria en la que indica que no puede ejecutar tampoco esas inversiones y manifiesta que por temas de mercado no es posible efectuar las inversiones y lo que solicita es hacer un ajuste de esas inversiones, entonces lo que se hace es que se plantea hacer una modificación

completa del contrato, ellos justifican que el mercado de cementos ha bajado y que por lo tanto no tienen los ingresos para cumplir las inversiones que tenían previstas y que no tenían los clientes para poder ejecutar esas inversiones.

Entonces lo que plantean es hacer una modificación del contrato y ya no ejecutan los 31 millones de dólares que tenían planteados sino que se disminuyen esas inversiones a 4 millones de dólares y se recorta el plazo de la concesión, inicialmente el contrato de concesión estaba planteado a 20 años, con la propuesta que se presenta se reduciría el monto de inversión de 31 millones de dólares a 4 millones de dólares, se reducía el plazo de la concesión del 2031 o del 2030, no recuerdo exactamente, al 2021 y se ajustaba la metodología de contraprestación portuaria que tenía el contrato.

Este contrato tenía una metodología de productividad que era un componente fijo, un valor anual fijo y con el cambio de la modificación del contrato lo que se le solicitó al concesionario fue que se ajustara a la nueva metodología de contraprestación portuaria que era la que regía el Conpes 3744.”¹²²

(...)

“DR. ARIZA: Pero hablemos de la primera solicitud, hay una solicitud de modificación en el expediente de 22 de enero de 2016, que posteriormente Zona Franca Argos precisa según consta en el expediente el 22 de febrero de 2016, concretamente ¿qué propuesta de reducción de inversión y en qué momento si usted lo recuerda le hizo Zona Franca Argos a la ANI?

SR. JARAMILLO: Tanto en enero como en febrero que se modifica el alcance presentada en enero de 2016 se propuso una reducción de la inversión a una suma de 1.775.000 dólares con unos cambios en el contrato que consistían precisamente al tratarse de una modificación sustancial del contrato de acogernos al nuevo Conpes

¹²² Acta No. 12, folios 152 a 156 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a las páginas 3 y 4 de la transcripción (como ayuda metodológica).

que generaría además una contraprestación superior a la que en ese momento estaba obligado el concesionario.

DR. ARIZA: Entonces ¿se reduce la inversión para entendimiento del Tribunal o se propone reducir la inversión de 31 millones de dólares a la suma de 1 millón de dólares modificando el monto de la contraprestación?

SR. JARAMILLO: Sí doctor, se propone la modificación del monto de inversiones se discute el hecho de que esto es una modificación sustancial que estaría sujeto al nuevo Compes se tiene en cuenta que por ese hecho la contraprestación que venía siendo una contraprestación para empezar a hablar de números y me perdonaran de mi exactitud de números de abogado que pasa de 525.000 a un promedio de más o menos 1.300.000 dólares.

DR. ARIZA: Excúseme ¿o sea se reduce el monto de la inversión ya no es 31, sino la cifra que he indicado?

SR. JARAMILLO: Sí señor.

DR. ARIZA: ¿Se sube el monto de la contraprestación?

SR. JARAMILLO: Se sube el monto de la contraprestación necesariamente porque hay un reconocimiento de que el CONPES aplicable a una modificación sustancial como se venía conversando entre las partes generaba la necesidad de que hubiera un nuevo CONPES rigiendo el contrato y en ese sentido el modelo que en ese momento se estaba discutiendo entre el área financiera de Argos y el área financiera de la ANI generaba aproximadamente un aumento en la contraprestación de 800.000 dólares anuales.”¹²³

¹²³ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a las páginas 4 y 5 de la transcripción (como ayuda metodológica).

En el memorando interno 2017-308-003622 de 3 de enero de 2017 se sostiene que con base en el artículo 17 de la Ley 1, el 16 de enero del año 2016 la Concesionaria solicitó la modificación al contrato de concesión portuaria y ANI hizo un extenso y detallado análisis de la viabilidad de la modificación.¹²⁴

Adicionalmente obra en el plenario el intento de las partes para concertar los términos de un contrato de transacción, que finalmente se frustró.¹²⁵

El 23 de febrero de 2018 se extiende el acta de conciliación extrajudicial con base en la cláusula trigésima del contrato sobre solución de conflictos.¹²⁶

ANI manifestó en sus alegatos que si la Concesionaria estimaba que estaba imposibilitado para ejecutar sus obligaciones por hechos de fuerza mayor o caso fortuito ha debido hacer uso de la cláusula de suspensión del contrato.¹²⁷

Se observa que las partes en dos oportunidades adelantaron todas las gestiones tendientes a modificar el contrato; en el primer evento, tras tres años de negociación esta se concluyó con la firma del Otrosí No. 1 y en este segundo período de negociaciones, las partes estuvieron en varias oportunidades cerca de llegar a un acuerdo modificadorio, a una transacción y a una conciliación, que finalmente se frustró, de modo principal, por la insistencia de ANI de mantener el valor presente de las inversiones, conforme se estipuló en el Contrato.¹²⁸

¹²⁴ Aparece en el CD que obra a folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

¹²⁵ Se puede concluir a partir del texto de los correos electrónicos que obran a folios 8 a 26 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹²⁶ Cláusula 31 "*SOLUCIÓN DE CONFLICTOS. Es obligación de las partes en el evento de que surjan discrepancias en la ejecución del contrato acudir o una solución en forma ágil, rápida y directa a través de los mecanismos previstos en la ley y o la conciliación, amigable composición y transacción*".

¹²⁷ Página 48 de las alegaciones de ZFA, Cuaderno Principal No. 2, folio 201 reverso.

¹²⁸ Como consta en el Acta de conciliación del 26 de julio de 2018 que aparece en el en el CD que obra a folio 476 A del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Después de dos años y medio y de intentar solucionarlos mediante diferentes mecanismos, la Concesionaria decidió acudir al juez del contrato para que definiera una pretendida excesiva onerosidad sobrevenida.

Sin embargo, está probado que, tanto en la celebración del Contrato inicial como en el Otrosí, la conducta de la entidad estatal fue consistente en exigir con la mayor insistencia que el desplazamiento de las inversiones implicaba necesaria y obligatoriamente mantener la tasa de descuento de 14,6 % anual, exigencia que fue aceptada expresamente por la Concesionaria en las dos oportunidades.

Por las anteriores consideraciones, no comparte el Tribunal la apreciación de la Convocante en el sentido de concluir que ANI con su propia reluctancia agravó el riesgo del concesionario, en tanto está probado que la entidad acudió a todos los mecanismos alternativos de solución de controversias para satisfacer las solicitudes de la Concesionaria, aunque finalmente no hubieren llegado a un acuerdo modificatorio, porque ANI no estaba obligada a aceptar la modificación propuesta si no se mantenían las condiciones iniciales básicas bajo las cuales se celebraron el Contrato y el Otrosí No. 1.

Establecidos el marco legal y contractual de las relaciones entre las partes, procede el Tribunal al análisis de los problemas jurídicos planteados al inicio del capítulo.

3.1.4.5. LA IMPREVISIÓN. EL MARCO JURÍDICO

La problemática que se plantea con las pretensiones 1.1., 1.2., 1.3., 1.4. y 1.5. se contrae a definir lo siguiente: i) el marco teórico de la Teoría de la imprevisión; ii) si los hechos que se invocan en la demanda reformada ocurrieron con posterioridad a la celebración del Otrosí No. 1; iii) si tales hechos resultaron sobrevinientes, imprevisibles y si le son ajenos y no le son imputables a la Concesionaria; iv) si la forma y oportunidad en la que ZFA ha ejecutado el contrato tiene alguna relación o incidencia con los hechos por los que reclama; y v) si tales hechos o de haber resultado acreditados otros, tuvieron efectos en la economía del contrato,

de suerte que su ejecución se haya tornado excesivamente onerosa y deba cumplirse en condiciones de desequilibrio para la Demandante.

La controversia planteada en este asunto reviste una enorme dificultad que concierne, en lo esencial, con la fuerza obligatoria¹²⁹ de los contratos frente al advenimiento de situaciones imprevistas e imprevisibles, la cual fue puesta de relieve desde el célebre fallo del *Canal de Craponne* (6 de marzo de 1876) en el que la Corte de Casación francesa sostuvo que no pertenece a la esfera de los tribunales, por muy equitativa que pueda ser una decisión, tomar en consideración el tiempo y las circunstancias para modificar los contratos y remplazar por cláusulas nuevas, aquellas que fueron aceptadas y convenidas en forma libre por los contratantes.

Por cierto, no puede perderse de vista que la tendencia del derecho continental europeo ha sido abandonar esta posición clásica de inmutabilidad del contrato y abrir la puerta, en forma paulatina, a la *résiliation*, esto es la posibilidad de terminar el contrato o de someterlo a revisión por las partes y por el juez para conjurar desequilibrios económicos notables que sobrevienen en desarrollo de la ejecución contractual.

El contexto teórico que enmarca la controversia que en este punto se examina se relaciona con el estudio y la determinación de si los hechos que invoca el Demandante tienen el carácter de extraordinarios, sobrevinientes y ajenos a ZFA y si tales circunstancias alteraron el equilibrio económico del contrato, lo que llevó —o llevará— al contratista a ejecutarlo en condiciones de excesiva onerosidad respecto de aquellas que fueron originalmente convenidas por las partes. Esta problemática corresponde, en líneas generales, a la Teoría de la Imprevisión, que para lo que es pertinente en esta providencia se delimitará en sus rasgos más relevantes y dentro del marco de lo que se ha planteado por las partes, vale decir, sin que se estime necesario extenderse al análisis de todas las causas de ruptura del

¹²⁹ Cfr. Artículo 1602 del Código Civil.

equilibrio económico del contrato¹³⁰: ¿los hechos que se invocan en la demanda reformada tienen virtualidad para configurar los efectos de una imprevisión que alteró las condiciones del equilibrio contractual?

La Teoría de la Imprevisión tiene consagración legal expresa en el artículo 868 del Código de Comercio que dispone que cuando sobrevengan circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, con posterioridad a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, que alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento para una de las partes, al punto que resulte “*excesivamente onerosa*”, dicha parte podrá pedir la revisión del contrato.

Frente a tales circunstancias el propio artículo 868 *ibidem* señala que el juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique. De no ser posible dicho reajuste, el juez decretará la terminación del contrato.

La tipificación legal de la figura se refiere a contratos de ejecución sucesiva, periódica o diferida y, desde luego, a contratos que estén en ejecución toda vez que la alteración o la agravación de las prestaciones debe mirarse en función de aquellas que están por ejecutarse mas no de aquellas que ya han sido satisfechas. Por esto la norma alude a alteraciones o agravaciones de prestaciones de futuro cumplimiento, razón por la cual se justifica, en parte, la revisión del contrato.

De igual manera, la imprevisión tiene aplicación cuando ocurran circunstancias o hechos extraordinarios, imprevistos o imprevisibles, esto significa que ocurran con posterioridad a la

¹³⁰ La onerosidad sobreviniente se integra o subsume, según reiterada jurisprudencia y doctrina, en la teoría de la imprevisión, mientras las causas que producen el rompimiento del equilibrio contractual tienen origen no solo en la imprevisión, sino también en otros fenómenos. En otras palabras, si bien la teoría de la imprevisión puede servir para explicar una de las causas del rompimiento del equilibrio económico en los contratos celebrados por entidades estatales, esto no significa que el artículo 868 del Código de Comercio sustituya la normatividad de las Leyes 80 de 1993 y 680 de 2001.

celebración del contrato, pues de haber existido antes de la celebración, por lógica, no serían imprevisibles. Se refiere pues a circunstancias que no fueron contempladas, previstas o tenidas en cuenta por las partes, de modo tal que su ocurrencia altera el equilibrio entre las prestaciones que debe existir en los contratos conmutativos¹³¹.

La doctrina ubica el origen de esta figura en el derecho romano, en la que se ha denominado la cláusula *rebus sic stantibus*, por haberse incluido en la regla *contractus qui habent tractum succesivum et dependiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, que en términos generales alude a que “los contratos de ejecución sucesiva que den resultados en un período futuro, deben ser entendidos con la condición de que las circunstancias se mantengan”.

Pese a la dificultad que representó la aplicación de la figura en los contratos de derecho civil, por vía jurisprudencial se extendieron sus principios y fundamentos, así como sus efectos a los contratos estatales. De esta suerte, gracias a pronunciamientos jurisprudenciales¹³², se superaron las nociones seculares de la cláusula *rebus sic stantibus* y del principio *pacta sunt servanda* y se incorporaron postulados del mismo linaje en los principios de la Comisión para el Derecho Europeo, en las reglas de Unidroit y, desde antiguo, en la contratación estatal¹³³.

Así pues, el núcleo de la Teoría de la Imprevisión consiste en determinar si en el evento en que hechos imprevistos, posteriores a la celebración del contrato y ajenos a las partes alteran la utilidad del contrato o implican una mayor onerosidad en su ejecución, el negocio jurídico debe mantenerse en las mismas condiciones en las que se celebró.

¹³¹ No pasa por alto el hecho que se ha discutido la aplicación de la imprevisión en los negocios jurídicos “*aleatorios*”, considerándose que aún en estos, el contratante no está obligado por un aleas anormal y extraordinaria distinta del aleas normal. Sin embargo, para lo que interesa a este laudo, no resulta necesario profundizar en esta discusión doctrinal.

¹³² Es un referente el fallo “*Gaz de Bordeaux*” de 30 de marzo de 1916 del Consejo de Estado Francés que ordenó el reajuste del precio por alza del carbón, material necesario para la producción del gas suministrado. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Collection de Droit Public, Sirey, 1978, páginas. 132, 138.

¹³³ Cfr. Ley 80 de 1993, arts. 4º, numerales 3º, 8º y 9º,5º, numeral 1º; 14 numeral 1º; 25, numeral 14 y 27.

En nuestro medio, la figura de la imprevisión encuentra raíces en el ordenamiento privado, pero se adaptó también en la contratación estatal, gracias a las normas del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a importantes pronunciamientos del Consejo de Estado que extendieron sus efectos a dicho dominio con el propósito de garantizar el cumplimiento de los fines estatales y la satisfacción del interés público, aún en aquellos casos en los que se presenten contingencias que pudieran afectar el contrato estatal. La doctrina lo ha ilustrado en los siguientes términos:

“Pese a que en nuestro Derecho Público no existía una norma jurídica que extendiera la teoría de la imprevisión a los contratos administrativos, ello no fue obstáculo para que la jurisprudencia administrativa no reconociera esta institución jurídica, con base en las reglas de integración normativa contenidas en el artículo 8° de la Ley 153 de 1887.”

“De ahí que el Consejo de Estado, en sentencia del 18 de abril de 1989, delimitó en términos precisos la teoría de la imprevisión al señalar:”

“Si circunstancias extraordinarias e imprevistas entorpecen la obtención de ese beneficio porque hacen más oneroso el cumplimiento de la obligación, el contratista no se exonera de cumplir (el interés general impone ese cumplimiento, pero si puede pedir a la administración la revisión del contrato en sus términos económicos. De no aceptarse esa solución se rompería el principio de la igualdad frente a las cargas públicas”

“El derecho del contratista se limita entonces, cuando se presentan esas circunstancias que hacen muy oneroso el cumplimiento del contrato, a lograr de la administración una ayuda parcial que equilibre el quebranto económico causado por dichas circunstancias.”

“Con este sólido antecedente jurisprudencial, los artículos 4.8, 5.1 y 27 de la Ley 80 de 1993, consagran el derecho a la equivalencia económica del contrato, cuando esta resulta alterada por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al

*contratista, fórmula dentro de la cual se comprende la teoría de la imprevisión o doctrina del riesgo imprevisible.*¹³⁴

3.1.4.5.1. CONTRATOS DE TRACTO SUCESIVO QUE SE ENCUENTREN EN EJECUCIÓN

Tal como se ha precisado, la imprevisión puede invocarse en contratos de tracto sucesivo, que se encuentren en ejecución. Como lo dispone con precisión el artículo 868 del Código de Comercio, por ejemplo, el desequilibrio o la alteración ha de referirse a prestaciones de futuro cumplimiento, esto es a aquellas que no han sido ejecutadas por la parte que pretende valerse de la imprevisión. Es claro que si de lo que se trata es de revisar las condiciones en las que se ejecuta el contrato para corregir o recomponer la alteración que haya sufrido, dicho examen se refiere a prestaciones que estén por ejecutarse, lo cual supone que el contrato esté vigente y en ejecución. Respecto de contratos terminados o de prestaciones ya ejecutadas no puede invocarse ni aplicarse la imprevisión.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado lo siguiente:

*“(...) la revisión del contrato ex artículo 868 del Código de Comercio, es el medio dispensado por el legislador al desequilibrio económico adquirido o lesión sobrevenida (laesio superveniens) por circunstancias posteriores, distantia temporis después de su celebración, durante su ejecución y antes de su terminación (qui habent tractum successivum). Bien se advierte del factum normativo, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, esto es, no cumplida ni extinguida. La vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles. Menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado.”*¹³⁵

¹³⁴ ESCOBAR GIL, Rodrigo. Teoría General de los Contratos de la Administración Pública. Págs. 454 a 483.

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de febrero de 2012. Rad. 11001-3103-040-2006-00537-01.

3.1.4.5.2. HECHOS IMPREVISTOS, IMPREVISIBLES O EXTRAORDINARIOS

Las circunstancias imprevistas o imprevisibles son aquellas que no fueron tenidas en cuenta por las partes al momento de celebrarse el contrato, a pesar de haberse desplegado una mediana diligencia o cuidado, las que son ajenas a su actividad y las que no acontecen por su conducta, vale decir, las que no le son imputables a sus propios actos o comportamientos. En términos de la jurisprudencia:

*"Esta teoría radicalmente distinta de la noción de error y de fuerza mayor, tiene por base la imprevisión, es decir, que se trata de hechos extraordinarios posteriores al contrato, que no hayan podido ser previstos por las partes... Consistiendo en un remedio de aplicación extraordinaria, débese establecer con creces que las nuevas circunstancias exceden en mucho las previsiones que racionalmente podían hacerse al tiempo de contratar, y que esos acontecimientos son de tal carácter y gravedad que hacen intolerable la carga de la obligación para una de las partes, amén de injusta y desorbitante ante las nuevas circunstancias"*¹³⁶.

Se trata entonces de eventos que además de imprevistos e imprevisibles, que sean ajenos a los contratantes deben ser extraordinarios, esto es fuera de lo normal, de lo corriente, lo cual debe ser apreciado por el juez en cada caso concreto. En relación con estas condiciones, la jurisprudencia precisó:

"Las circunstancias sobrevenidas al contrato, a más de extraordinarias, han de ser imprevistas e imprevisibles, y extrañas a la parte afectada. Extraordinarias, son aquellas cuya ocurrencia probable está fuera de lo ordinario, normal, natural, común, usual, lógico, habitual, corriente, frecuencia o periodicidad, atendido el marco fáctico del suceso, sus antecedentes, el estado actual de la ciencia, y la situación concreta según las reglas de experiencia. Imprevisible, es todo evento que en forma abstracta, objetiva y razonable no puede preverse con relativa aptitud o capacidad de previsión,

¹³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 23 de mayo de 1938.

‘que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad... Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional’ (Cas. Civ. sentencia de 27 de septiembre de 1945, LIX, 443), o según los criterios generalmente admitidos, poco probable, raro, remoto, repentino, inopinado, sorpresivo, súbito, incierto, anormal e infrecuente, sin admitirse directriz absoluta, por corresponder al prudente examen del juzgador en cada caso particular (Cas. Civ. sentencias de 5 de julio de 1935; 26 de mayo de 1936; 27 de noviembre de 1942; 20 de noviembre de 1989; 31 de mayo de 1995; 20 de junio de 2000, exp. 5475).

“Imprevisto, es el acontecimiento singular no previsto ex ante, previa, antelada o anticipadamente por el sujeto en su situación, profesión u oficio, conocimiento, experiencia, diligencia o cuidado razonable. Lo extraordinario u ordinario, previsible e imprevisible, previsto e imprevisto, no obedece a un criterio absoluto, rígido e inflexible sino relativo, y está deferido a la ponderada apreciación del juzgador en cada caso según la situación específica, el marco fáctico de circunstancias, el estado del conocimiento, el progreso, el deber de cuidado exigible y la experiencia decantada de la vida”¹³⁷.

En suma, los hechos por los que se invoque la imprevisión además de imprevistos han de ser imprevisibles, esto es que el cambio de circunstancias no pudo preverse en forma razonable. Una parte de la doctrina francesa ha construido la distinción entre la imprevisión como condición objetiva de determinada circunstancia y la falta de previsión, elemento de carácter subjetivo que se predica de la conducta de una parte.

¹³⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012. Rad. 11001-3103-040-2006-00537-01.

3.1.4.5.3. HECHOS AJENOS A LAS PARTES

Para que una parte pueda invocar en su favor los efectos de la imprevisión, los hechos en los que se apoye le deben ser ajenos, esto es que no pueden provenir u originarse en su voluntad o conducta. En el caso de que los hechos tengan como causa la actuación o la voluntad de la propia parte, esto es que le sean imputables, no hay lugar a restablecer el equilibrio a su favor. Esta exigencia cobra especial relevancia en la contratación estatal, en cuyo régimen normativo tiene expresa consagración.

El artículo 5, numeral 1 de la Ley 80 de 1993 consagra este postulado:

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

*“En consecuencia tendrán derecho, previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas **que no sean imputables a los contratistas**. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”* (Negrilla agregada).

El mismo elemento normativo tiene consagración adicional en el artículo 27 del mismo Estatuto, en los siguientes términos:

“En los contratos estatales se mantendrá la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso. Si dicha igualdad o equivalencia se rompe por causas no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán en el menor tiempo posible las medidas necesarias para su restablecimiento”. (Subrayas agregadas)

A su turno, el Consejo de Estado ha desarrollado este principio en no pocos pronunciamientos, entre los cuales destaca:

“Por ultimo, el sinalagma funcional que se desprende del contrato estatal se puede ver afectado por una ultima circunstancia, que es ajena y, por lo tanto, externa a las partes contratantes, razón por la que se trata de sucesos, situaciones o decisiones de contenido general y abstracto que son externas a las partes, que se materializan o concretan con posterioridad a la celebración del contrato, y que alteran de manera significativa, de forma anormal y grave, la economía o ecuación financiera del contrato.

Este tipo de escenarios son los que configuran la llamada teoría de la imprevisión, y que, por lo tanto, permite también predicar la ruptura del equilibrio contractual, en virtud de situaciones extrañas al comportamiento de los sujetos contratantes, pero que en virtud de su imprevisibilidad impactan de manera importante la economía del contrato, bien porque su ejecución se torna muy onerosa para el contratista o porque una situación específica pone en desequilibrio manifiesto a la entidad contratante, lo que impide que honre –en los términos originalmente pactados– las obligaciones y prestaciones que se desprenden del contrato.

Ahora bien, como lo precisa el reconocido profesor Jean Riveró²³, requieren de la verificación de tres requisitos o condiciones: i) que los contratistas no hayan podido razonablemente prever los hechos que trastornan la ejecución del contrato, dado su carácter excepcional (guerra, crisis económica grave, etc.), ii) estos hechos deben ser independientes a su voluntad, iii) esas circunstancias deben provocar un trastorno de las condiciones de ejecución del contrato. La desaparición del beneficio de los contratantes, la existencia de un déficit, no son suficientes: hace falta que la gravedad y la persistencia del déficit excedan lo que el cocontratante haya podido y debido razonablemente prever¹³⁸.

¹³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 6 de mayo de 2015, Rad. 31837.

3.1.4.5.4. EL EFECTO DE LA IMPREVISIÓN: LA RUPTURA DE LA EQUIVALENCIA ECONÓMICA DEL CONTRATO. MAYOR ONEROSIDAD.

La Teoría de la Imprevisión supone que los hechos extraordinarios, imprevistos e imprevisibles, ajenos a las partes, tienen tal impacto en el contrato conmutativo que producen una ruptura de la equivalencia de las prestaciones del referido negocio jurídico y, por consiguiente, una excesiva onerosidad en detrimento de quien invoca la imprevisión, vale decir el deudor de la obligación.

Es precisamente por fuerza de la onerosidad sobreviniente que se pretende obtener un reajuste de las condiciones de cara a la prestación o prestaciones de futuro cumplimiento, mientras que la teoría del rompimiento de la ecuación contractual, igualdad o equivalencia de los derechos y obligaciones se dirige, como dispone el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato y, por consiguiente, a que las partes reciban la remuneración pactada. Bajo esa óptica, puede sostenerse que la onerosidad sobreviniente y la imprevisión buscan enfrentar los problemas futuros que emanarían de esa situación al hacer más oneroso el cumplimiento de prestaciones pactadas en un contrato, mientras que el restablecimiento de la ecuación contractual —a partir de consideraciones y circunstancias retrospectivas— pretende mantener la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidas desde el momento de la celebración de un contrato, hasta su terminación.

El carácter grave, cierto y significativo de la ruptura del equilibrio económico del contrato, ha sido descrito y precisado por la jurisprudencia:

“Es indispensable un desequilibrio prestacional cierto, grave, esencial, fundamental, mayúsculo, enorme o significativo, y no cualquiera, a punto de generar excesiva onerosidad transitoria o permanente de la prestación futura, una desproporción grande con su incremento desmesurado o sensible disminución de la contraprestación, ya una pérdida patrimonial, por reducción del activo, ora de la utilidad esperada, bien por

aumento del pasivo, suscitada por los acontecimientos sobrevenidos, imprevistos e imprevisibles, con los cuales debe tener una relación indisociable de causa a efecto. Ninguna definición o medida brinda la norma en torno al desequilibrio ni la excesiva onerosidad. Algunas doctrinas remiten a la ruptura de la base subjetiva u objetiva del negocio, la frustración del fin o finalidad. Otras, a la variación de la base económica estrictamente objetiva, al valor cuantitativo, cualitativo e intrínseco de la prestación, o la ruptura patrimonial primaria u originaria cotejada con la del cumplimiento. Empero, la simetría atañe no una prestación singular, sino al contrato in complexu, en su unidad compacta, in toto e integral, desde su celebración hasta su terminación, y deviene de su visión retrospectiva y prospectiva. Estricto sensu, no se mide sobre la simple diferencia del valor inicial y posterior de una prestación. Por el contrario, concierne a todo el contrato y conecta a su estructura económica y riesgos. A no dudarlo, los riesgos y aleas componen la simetría de las prestaciones, e influyen en la determinación concreta del desequilibrio. Así, integran el equilibrio económico, las aleas normales, y los riesgos que por ley, uso, costumbre, equidad o estipulación pertenecen al contrato y deben soportarse por la parte respectiva, a quien no es dado invocar excesiva onerosidad. Contrario sensu, aleas anormales no asumidas, suelen tornar excesivamente onerosa la prestación”¹³⁹.

Por consiguiente, según los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, la mayor onerosidad ha de examinarse en función del conjunto integral del equilibrio del contrato, lo cual implica valorar no una prestación específica sino todo el espectro de prestaciones surgidas del contrato, dentro del marco de su estructura económica global y, por supuesto, de la distribución de riesgos.

De igual manera, la mayor onerosidad se refiere a un desbalance económico significativo y una entidad tal que altere la equivalencia entre las prestaciones acordada en el contrato. La imprevisión no procede en caso de alteraciones menores o que no tengan impacto severo en la economía del contrato, como puede ser el caso de un simple encarecimiento de la

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 21 de febrero de 2012. Rad. 11001-3103-040-2006-00537-01.

prestación de una de las partes o la disminución del valor de su contrapartida. El efecto de la imprevisión ha de incidir de tal manera en la economía del contrato que produzca consecuencias exorbitantes para el deudor, hasta el punto de haber perdido interés en permanecer con dicho vínculo en la medida en que la ejecución puede resultar ruinosa.

Importa subrayar en este punto que el artículo 1195 del Código Civil Francés consagra como requisito de la imprevisión, además de la onerosidad excesiva, que el deudor no haya aceptado asumir el riesgo que con posterioridad invoca como fundamento de la imprevisión. En tal caso, dicha parte puede pedir una renegociación del contrato a su cocontratante. Por consiguiente, de haberse asumido por la parte los riesgos que constituyan el aleas que ocasione la excesiva onerosidad, no hay razón que la faculte para reclamar la renegociación del contrato, ni tampoco la revisión judicial.

3.1.4.5.5. POSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN

Como ya se ha precisado en el contexto que se ha descrito, los hechos que se invoquen como fundamento de la imprevisión implican la imposibilidad de la ejecución del contrato, toda vez que quien reclama no ha de estar en situación de incumplimiento. Por mejor decir, el deudor debe estar en posibilidad de seguir ejecutando la prestación, de modo que no se ubique en situación de incumplimiento ya que, en ese estado, se estaría en un escenario distinto dentro del ordenamiento jurídico.

Para que tenga lugar la aplicación de la imprevisión, debe haber un desajuste de las condiciones originales del contrato que generen una onerosidad sobreviniente, mas no al punto de que el deudor incurra en incumplimiento o esté en imposibilidad de cumplir con las prestaciones a su cargo. Como lo ha precisado la jurisprudencia, “No se trata en suma de una imposibilidad absoluta de cumplir, lo que constituye la fuerza mayor, sino de una imposibilidad relativa, como la proveniente de una grave crisis económica, de una guerra, de

un fenómeno natural o incluso de un acto del hombre, ajeno a la voluntad de los partícipes en el contrato”¹⁴⁰.

3.1.4.6. EL CASO CONCRETO

3.1.4.6.1. EL DEBER DE PLANEACIÓN Y EL ESQUEMA DE RIESGOS

Al analizar la naturaleza del contrato concluyó el Tribunal que conforme a los presupuestos legales vigentes tanto en la fecha de su celebración como en la fecha de firma del Otrosí No. 1, el Contrato 003 encuadra en la categoría de los Estatales.

En consecuencia, le son aplicables los principios establecidos en el artículo 1° de la Ley 1 de 1991 y el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 incluido, el deber de planeación para la celebración del contrato y a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007 aplica también el deber de previsibilidad, consagrado en el artículo 4 en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 4o. DE LA DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS EN LOS CONTRATOS ESTATALES.

Los pliegos de condiciones o sus equivalentes deberán incluir la estimación, tipificación y asignación de los riesgos previsibles involucrados en la contratación.

En las licitaciones públicas, los pliegos de condiciones de las entidades estatales deberán señalar el momento en el que, con anterioridad a la presentación de las ofertas, los oferentes y la entidad revisarán la asignación de riesgos con el fin de establecer su distribución definitiva.”

Conforme a la Ley 1 de 1991 la iniciativa de la concesión puede tener origen en el particular, como ocurrió en este caso, y ello implica que están obligados tanto la Concesionaria como el Estado a atender dichos principios oportunamente.

¹⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de mayo 23 de 1938.

Ahora bien, en la estructura de la normativa portuaria, tanto dicha Ley 1 de 1991, como sus decretos reglamentarios, han delegado en el particular la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria y por ello puede concluirse que cuando la iniciativa es privada el deber de planeación y previsión se desplaza al particular concesionario.

El particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad.

Es cierto que la entidad estatal tiene la potestad de revisar el modelo para confirmar que se ajusta a los presupuestos de las normas legales, analizar el monto y naturaleza de las inversiones y el cronograma de ejecución y calcular la contraprestación, pero esta facultad no implica que el Estado asume el deber de planeación como sí ocurre cuando la iniciativa tiene origen un proceso de licitación.

En la respuesta No. 1 a la pregunta formulada por la parte convocante al perito Julio Villarreal se lee:

“Sírvasse indicar si para el otorgamiento de la concesión y firma del Contrato de concesión 003 de 2010, el INCO conoció, evaluó el modelo financiero presentado por la concesionaria y determinó la viabilidad del proyecto. En caso positivo, describa los elementos del modelo”¹⁴¹

En la respuesta a la pregunta el perito concluye:

¹⁴¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 511.

“En suma desde la perspectiva exclusivamente financiera, el Perito concluye que el INCO si conoció y evaluó el modelo financiero que presentó el concesionario, el cual como dice el mismo contrato, fue el que dio origen a las contraprestaciones portuarias”

Dicha afirmación en concepto del Tribunal no significa que la Entidad estatal hubiere asumido con el particular el deber de planeación sólo porque conoció el modelo financiero y le hizo algunas observaciones al concesionario o porque lo mencionó en el contrato. Se trata de una manifestación de simple conformidad que no tiene la virtualidad de comprometerlo en la gestión comercial ni de garantizar los resultados o rentabilidad reflejados en el proyecto.

En este sentido entonces vale la pena mencionar el alcance la afirmación del INCO en el memorando 1310 de abril de 2008 al evaluar el proyecto: “El proyecto presentado por la Compañía Argos S.A. es viable desde el punto de vista financiero, puesto que el flujo de caja del proyecto arroja una TIR mayor del 12%, antes de incluir el valor de la contraprestación”.

El propio perito señala que *“el perito encuentra que al momento de suscribirse el contrato la regulación contemplaba una rentabilidad adecuada”* conclusión que no implica ni puede implicar que esta rentabilidad tuviere que mantenerse durante toda la vida del contrato ni que el Estado se hubiere comprometido a garantizársela a la Concesionaria, en cuanto reflejaba solamente la utilidad esperada por ella. ¹⁴²

Ahora bien, en cuanto al deber de previsibilidad del concesionario el Consejo de Estado¹⁴³ ha señalado que:

“El contrato del Estado por expresa disposición legal está sujeto al principio de la previsibilidad o de contingencias plenas, que tiene como postulado básico el de la estructuración previsiva del contrato estatal y la asunción planeada y proporcional de riesgos por las partes negociales. Resulta consecuente entonces entender que todo el

¹⁴² Páginas 11 y 65 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folios 516 y 570.

¹⁴³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de febrero de 2020. Rad. 22464

proceso de planeación del contrato se materializa y cumple en cuanto a la estructuración del negocio del Estado como conmutativo, en la medida en que se respete y de cumplimiento a los postulados del principio de la previsibilidad. El principio en cuestión implica la sujeción plena a la identificación, tipificación y asignación lógica y proporcional entre las partes intervinientes, de los riesgos o contingencias del contrato, de manera tal que la estructuración del negocio se haga sobre la base de la anticipación lo más completa posible, de todos aquellos eventos que puedan a futuro impactar la conmutatividad, en consecuencia, el equilibrio surgido al momento de proponer o contratar, que de no ser previstos y sujetos a mecanismos adecuados y oportunos de corrección durante la ejecución del contrato, puedan generar en situaciones causantes de desequilibrio económico.

Se trata, por lo tanto, de un principio que llama a la estructuración previsiva del contrato estatal como regla, determinando con su aplicación la asunción planeada, ponderada, proporcional de los riesgos en aras del mantenimiento del equilibrio económico, en consecuencia, la conmutatividad, reduciendo la imprevisibilidad a contextos simplemente excepcionales. La previsión se transmuta en una norma vinculante para las administraciones públicas responsables de la contratación estatal, convirtiéndose en un claro deber funcional en la materia dirigido a la protección de los intereses generales y públicos, obligando a los estructuradores de los contratos para que incorporen dentro de los mismos, la totalidad de medidas administrativas y financieras necesarias para que los riesgos previsibles no se materialicen, o de ocurrir los mismos, se mitiguen adecuadamente. Se trata de un deber sustancial y no meramente formal.

(...)

El riesgo en consecuencia se coloca en el centro de la actividad previsora como determinante de la estructuración de los contratos estatales, en cuanto su identificación y asignación sobre bases de proporcionalidad reduce el excluyente mundo de la imprevisión, reducto de contingencias inexploradas haciendo previsible, luego materia

de la relación negocial, lo que antes estaba en el ámbito de las tinieblas y sujeto a los avatares de criterios jurídicos fundados en consideraciones de imprevisibilidad.

Lo anterior implica, para efectos de consolidar la previsibilidad y en consecuencia darle un tratamiento proporcional al riesgo o contingencia en los contratos estatales, efectuar entre otras las siguientes tareas administrativas: Identificación de factores que pueden frustrar los resultados previstos de un negocio; identificación de variables que influyan de alguna manera en la afectación a los resultados esperados en todos sus aspectos; utilización de la mejor información posible, la más confiable y de mejor calidad en torno al correspondiente negocio, incluso la surgida de antecedentes históricos contractuales de la entidad; manejo y evaluación de información conocida, procesada y alta calidad; evaluación de diferentes escenarios en torno a la probabilidad de ocurrencia de contingencias; identificación de las particularidades de cada riesgo para determinar los mecanismos tendientes a mitigar su impacto.

(...)

Identificada la contingencia o riesgo, la previsibilidad ordena su asignación a una de las partes del negocio, para lo cual la administración en aras de la proporcionalidad deberá entre otras cosas efectuar: La evaluación de que parte del contrato tiene la mejor capacidad para sopórtalos, gestionarlo, administrarlo en virtud de su experiencia, manejo de información, disposición para controlarlo y analizar cada riesgo en particular para determinar la causa que lo puede originar y en consecuencia quien podría mejor soportarlo y asumirlo responsablemente.”

En los contratos que tiene origen en la iniciativa privada ese deber de previsibilidad recae con mayor rigor en el particular y los postulados señalados por el Consejo de Estado son perfectamente aplicables a la Concesionaria, en cuanto su correcta y oportuna definición tiene por finalidad viabilizar y facilitar la ejecución contractual y por ello la Entidad Estatal

como en el caso que nos ocupa, una vez evaluados esos riesgos los asigna íntegramente al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto.¹⁴⁴

En el caso que ahora analiza el Tribunal se acreditó en las declaraciones de los testigos que fueron solicitados por la parte convocante su experiencia, su conocimiento y su profesionalismo tanto en el campo del cemento como en general en su experiencia como hombres de negocios.¹⁴⁵

En cumplimiento de los deberes de planeación y previsibilidad, recaen en la sociedad concesionaria y en su matriz controlante la responsabilidad de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios en la evaluación del negocio y en la asunción de riesgos a él asociados, en tanto si bien su obligación no es de resultado, están obligados dentro de sus capacidades y conocimiento a precaver esos riesgos.

Es precisamente en el marco de la previsión y la diligencia que la sociedad concesionaria y su matriz revisaron y prepararon las proyecciones del negocio portuario que presentaron a la entidad estatal tanto para la celebración del Contrato en el año 2010 como en el año 2015, aun cuando los resultados del negocio no hubieren cumplido las expectativas.

En efecto, así lo señaló el testigo Santiago Jaramillo Botero en su declaración:

¹⁴⁴ Manifestación del DNP en el acta del comité de conciliación: *“En este estado de la sesión, el Director de Infraestructura del Departamento Nacional de Planeación, Cesas Peñaloza Pabón, manifestó que el espíritu de la Ley 1ª de 1991 por la cual se expidió el Estatuto de Puertos Marítimos, era que los concesionarios privados asumieran en un 100% los riesgos asociados a la concesión o al permiso portuario de que se tratara, de tal manera que a su juicio, en el presente caso la solicitud del concesionario puesta a consideración del Consejo, sería contraria a ese principio y, por ende, no estaría llamada a prosperar. Sobre el particular, destacó que comparte lo indicado por el representante del Presidente de la República, doctor Carlos Alberto García Montes y el Viceministro de Infraestructura, doctor Dimitri Zaninovich Victoria, en una sesión anterior, quienes pusieron de presente su preocupación por el hecho de que ante una circunstancia cuyo riesgo debe ser asumido por el concesionario, como lo es, los cambios en el mercado, se propongan modificaciones contractuales que implicarían cambios en los resultados que se esperan de la celebración de un determinado contrato, pues por esa vía por ejemplo, cualquier contrato APP pudiera replantearse intempestivamente, con los resultados nocivos que ello supondría en la ejecución de las obras y en el desarrollo de la infraestructura del país.”*

¹⁴⁵ Puede verse en los testimonios de Gabriel Ignacio Ballestas Blanco (Acta No. 13, folios 157 a 161 del Cuaderno Principal No. 2.) y Juan Esteban Calle Restrepo (Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2.).

“DRA. BERNAL: Digamos es para mayor claridad, usted dijo que en el año 2010 cuando se solicitó el desplazamiento de las inversiones al 2015, en efecto, ¿en el otrosí se estableció eso?”

SR. JARAMILLO: Sí doctora.

DRA. BERNAL: Es decir, ¿para superar o tratando de superar esas coyunturas macroeconómicas y de la evaluación en fin lo que no me queda claro es qué pasó entre el 2015 y el 2018 si uno esperaría que con la suscripción del otrosí se hubiera superado o qué falta proyectar para que se tuviera totalmente superado eso y no estuviéramos ahora con ese tema?”

SR. JARAMILLO: Sí, de acuerdo doctora, y yo me voy a limitar a una respuesta muy general, por no ser mi campo de ‘expertise’, pero lo que sucedió es que las condiciones del mercado y los pronósticos que se tenían del mercado entre el 2015 y los años siguientes no correspondieron con lo que pasó en la realidad, entonces se continuaron presentando estas circunstancias que hacían completamente ineficiente e irracional para Argos en esta nueva dinámica y realidad de mercado exportar sobretodo cemento a granel que era el producto que correspondía con el tipo de obra a ser acometidas según la inversión y de ahí a que se le presentara esta circunstancia a la ANI y comenzara todo ese proceso de esa dinámica a la que me he referido en este testimonio.”¹⁴⁶

3.1.4.6.2. LOS RIESGOS CONTRACTUALES

De conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1682 de 2013 de Infraestructura, en los procesos de contratación en desarrollo del deber de planeación, debe procurarse una equitativa distribución de riesgo, con base en el principio general de que

¹⁴⁶ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a las páginas 32 y 33 de la transcripción (como ayuda metodológica).

asume el riesgo quien tiene mayor capacidad de gestionarlo y esta obligación se concreta en adoptar todas las medidas que aconsejen la diligencia y la prudencia de un buen administrador para evitar su ocurrencia o para mitigar sus efectos.

Tanto en la Resolución 073¹⁴⁷ como en los considerandos del contrato radican íntegramente los riesgos en cabeza de la Concesionaria en los siguientes términos:

“Resolución 073 de 2010

“Artículo Décimo Séptimo – Riesgos. Dado que este es un proyecto a ser desarrollado por iniciativa de la Sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A.S la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Proyecto de la Concesión Portuaria de la sociedad ZONA FRANCA ARGOS S.A en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de reversión, serán asumidos por dicha Sociedad y su ocurrencia no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor del mismo, dentro de los cuales cabe mencionar 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, de cartera, financiero, cambiario, soberano o político, predial, tributario, seguridad portuaria, seguridad y protección a las instalaciones portuarias, higiene y seguridad industrial y de disponibilidad de los terrenos adyacentes durante el plazo de la concesión.

“Contrato No. 003 de 2010

“(…) 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 el caso de que tenga lugar algún suceso que ponga en riesgo su ejecución, el CONCESIONARIO no tendrá derecho a indemnización o reconocimiento alguno a su favor parte del Estado, pues éste declara que conoce y ha evaluado los términos y condiciones técnicas, económicas, comerciales y jurídicas del proyecto objeto de este contrato.”

¹⁴⁷ Artículo Décimo Séptimo.

Se indicó que el concesionario estructurador asume los riesgos propios derivados de sus proyecciones, cálculos o estudios de mercado y que las ganancias o pérdidas de ellas derivadas lo favorecen o benefician según el resultado del negocio.

En el documento CONPES 3133 expedido en septiembre de 2001 se modifica el documento CONPES 3107, que regulaba el manejo de riesgos contractuales del Estado para procesos de participación privada en infraestructura y en el Cuadro No. 4 se señala que en materia de puertos el concesionario asume el de construcción, el de operación, el comercial, el de financiación y el de liquidez cambiaria.

Es cierto que se ha discutido el carácter vinculante de estos documentos CONPES, por cuanto en estricto sentido no forman parte del ordenamiento jurídico y sólo señalan políticas generales, pero algunos Tribunales Arbitrales¹⁴⁸ los han citado como referencia en la distribución del riesgo:

“En efecto, el documento Conpes 3107 de 2001 que contiene la “Política de Manejo de Riesgo Contractual del Estado para Procesos de Participación Privada en Infraestructura” estableció “los lineamientos de Política de Riesgo Contractual del Estado” (capítulo introductorio), y en ellos señaló que “el concepto de riesgo en proyectos de infraestructura se puede definir como la probabilidad de ocurrencia de eventos aleatorios que afecten el desarrollo del mismo, generando una variación sobre el resultado esperado, tanto en relación con los costos como con los ingresos”⁹². Este documento ha sido objeto de modificaciones y actualizaciones mediante los documentos Conpes 3133 de septiembre de 2001, 3714 de diciembre de 2011, 3760 de agosto de 2013 y 3807 de junio de 2014”

¹⁴⁸ Laudo arbitral proferido el 28 de febrero de 2019 para dirimir las controversias entre Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs ANI.

Así y aunque no exista una disposición precisa que lo indique en la Ley 1 de 1991, en estos proyectos como en las asociaciones público-privadas el particular estructurador asume íntegramente los riesgos contractuales.

El laudo arbitral mediante el cual se dirimieron las controversias entre OCENSA y ANI respecto de un contrato de concesión portuaria señaló respecto de los riesgos:

“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 términos de la Ley 1ª de 1991, para el momento de su expedición, resulta posible referenciando lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 222 de 1983 (antigua normativa en materia de contratación pública), el cual señala, en lo referente a la definición del contrato de concesión de obra pública que:

“ARTICULO 102. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.”
(Subrayas y negrita fuera de texto)

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.”¹⁴⁹.

Ahora bien, la jurisprudencia ha precisado que la asunción de los riesgos se extiende a los riesgos normales, pero en desarrollo del deber de ejecución de los contratos en el marco de la diligencia y la buena fe, le corresponde a quien los asumió no solamente adoptar las medidas oportunas para resistirlos o prevenirlos, sino evitar con su propia conducta agravar sus efectos.

3.1.4.6.2.1. EL RIESGO COMERCIAL

El CONPES 2775 de 1995 establece que el riesgo comercial: *“debe ser transferido igualmente al inversionista privado, dejando, además, bajo su responsabilidad, la realización de estudios de mercado que le permitan cuantificar y limitar dicho riesgo. En los casos en los cuales las entidades públicas contraten los estudios de mercado, éstos serán realizados por firmas con experiencia internacional en este tipo de investigaciones.”*

A su vez el CONPES 3107 de 2001 señala: *“el concesionario asume el riesgo comercial del proyecto dado que el retorno a su inversión es variable y depende del tiempo que tarde en recibir su Ingreso Esperado, lo cual a su vez depende del comportamiento futuro del tráfico”*

Se ha afirmado que el riesgo comercial, entendido como aquel que tiene origen en la oferta y demanda desde y hacia el puerto, está en cabeza íntegramente de la sociedad concesionaria. En este caso concreto, por tratarse además de un puerto privado, las políticas comerciales de exportación e importación de la sociedad matriz controlante y de sus relacionadas tiene una injerencia significativa, en cuanto el alcance de operación del puerto

¹⁴⁹ Laudo arbitral proferido el 26 de julio de 2018 para dirimir las controversias entre Oleoducto Central S.A. vs ANI.

está destinado a movilizar vía exportación o importación, principalmente, cemento y clínker producidos por la matriz Cementos Argos S.A.

Adicionalmente a ello, desde la modificación a la solicitud inicial de la concesión portuaria, mediante la cual se limitó el puerto al cemento, se descartó la movilización de carbón y se acortó el plazo de 30 a 20 años, la Concesionaria a su costo y riesgo preparó y presentó las proyecciones de volumen de carga a granel por tonelada con base en un escenario real por los años 2006 y 2007 y en unas proyecciones para los años 2008 a 2027, bajo el supuesto de que la concesión se otorgaría por 20 años.¹⁵⁰

Llama la atención del Tribunal el documento que obra como anexo en el CD No. 1 que contiene un memorando interno del INCO y la comunicación de junio 25 del mismo año dirigida a ARGOS, ambos anexos a la contestación a la reforma de la demanda, en el cual el INCO solicita *“por qué en el 2008 se van a movilizar como comercio exterior menos toneladas que en el 2006 y 2007”* y la respuesta a dicha solicitud de parte de la empresa de Cemento en la cual explica que a las 1.500.000 toneladas se llegaría *“una vez se ampliara la planta”*.

En el mismo sentido, las proyecciones para sustentar la modificación reflejaban una recuperación del mercado del cemento y de la actividad exportadora, conforme a las políticas comerciales de la sociedad matriz controlante y de sus relacionadas.¹⁵¹

¹⁵⁰ Flujo ANI Modelo financiero que se presentó como parte de la solicitud de otorgamiento de la concesión. Anexo No. 2 al Dictamen Pericial, Cuadro No. 1 Excel CD Pruebas No. 1, Modelo financiero Argos Contraprestación CD Pruebas No. 1.

¹⁵¹ Dice el perito en el Dictamen Pericial lo siguiente: *“El Perito considera que, a finales del año 2014, cuando se concertó la modificación del plan de inversiones del Contrato de Concesión, existían motivos válidos para considerar que se presentaría una recuperación importante de la demanda interna de cemento en Estados Unidos de América y un correlativo aumento del tráfico de carga desde el puerto concesionado. El Perito acudió, entre otras fuentes de información, a los reportes de la “Portland Cement Association” (PCA) para ratificar esta conclusión. La PCA es la organización de investigación, educación e inteligencia del mercado de cemento más grande de los Estados Unidos. Fundada en 1916, esta compañía ha adquirido un rol crucial en la industria cementera, representando el 93% de la producción de cemento del país norteamericano, con presencia en los 50 estados.”* Página 31 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 523. Por su parte, el testigo Gabriel Ignacio Ballestas Blanco declaró al respecto: *“DR. ARIZA: Usted le puede indicar al Tribunal qué proyectaba la PSA para el periodo 2014- 2019? SR. BALLESTAS: Sí,*

La proyección de aumento de la demanda se incluía a partir de la construcción de la segunda fase, luego existe una relación de causalidad entre la capacidad de carga ofrecida por el Puerto y la cantidad de cemento que podía movilizarse. Sin embargo, en tanto nunca se definieron los términos y condiciones para la ejecución de esa segunda fase, por cuanto estaba sujeta a las condiciones del mercado internacional del cemento, no es posible concluir si la ausencia de las inversiones tanto en la primera fase como en la segunda, incidieron en el volumen de carga movilizada, o si por el contrario la capacidad instalada sin incluir las inversiones era suficiente para atender la demanda del cemento.

El Tribunal al analizar el concepto de imprevisibilidad e irresistibilidad de los hechos, para resolver sobre varias pretensiones de la demanda reformada, se ocupará en el siguiente aparte de estudiar este punto y sus posibles efectos en la economía del contrato.

ahí hay, ahí hay dos temas interesantes, entre el periodo de 2012 al 2014 se produce una recuperación, 2012-2013, una recuperación lánguea, en el 14 empieza a ver la industria ya operando, uno viendo lo que está pasando, un crecimiento importante, un crecimiento que a mitad de año rondaba los 7, 8% terminó por arriba del 8% de ese año. (Acta No. 13, folios 157 a 161 del Cuaderno Principal No. 2.. Este aparte aparece en la página 10 de la transcripción (como ayuda metodológica). El testigo Juan Esteban Calle Restrepo se refirió a este tema así: "DR. PABÓN: ¿En relación con su última respuesta usted puede ampliar ese concepto que mencionó sobre el cambio estructural del mercado del cemento al que hizo alusión si es tan amable? SR. CALLE: Sí del proyecto de puerto para la planta de Cartagena se estructuró teniendo unas premisas bastante relevantes la primera de ellas la recuperación del mercado de Estados Unidos, claramente para la planta de Cartagena de cementos Argos el mercado más relevante de exportación es Estados Unidos." Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Este aparte aparece en la página 47 de la transcripción (como ayuda metodológica). Carlos Horacio Yusty Calero al ser interrogado indicó lo siguiente: "DR. GUTIÉRREZ: Usted indico en sus respuestas que a partir del 2014 se efectuaran como evidencias de los primeros indicios de recuperación de esta afectación usted nos indicó que ocurre desde el año 2008, usted lo recuerda, sabe o conoce si en el análisis de la celebración del otrosí número 1 del año 2015 en la modelación financiera o en la negociación de este adicional, se hizo algún análisis del impacto de esta afectación en los precios del cemento y la crisis que usted ha manifestado? SR. YUSTY: En el análisis del año 2015 sí así es, involucramos esa expectativa de crecimiento de años posteriores del mercado de cemento en los Estados Unidos que habría una oportunidad de mayores exportaciones desde Colombia hacia ese destino." Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Este aparte aparece en la página 111 de la transcripción (como ayuda metodológica).

3.1.4.6.2.2. EL RIESGO CAMBIARIO

El CONPES 3107 define el riesgo cambiario como *“la eventual variación de los flujos de un proyecto, debido a que sus ingresos y egresos están denominados o dependen del comportamiento de la tasa de cambio frente a monedas distintas. Por ejemplo, se da cuando los ingresos, los costos o la deuda están asociados a más de un tipo de moneda, y, por lo tanto, están sujetos a pérdidas o ganancias potenciales por fluctuaciones en las tasas de cambio. De igual manera, cuando el inversionista es extranjero y plantea su rentabilidad en otras monedas, mientras que la generación de ingresos por cobro de peajes o tarifas está ligada al peso colombiano.”*

Atrás se dijo que tanto en la resolución como en el contrato se incluyó dentro de los riesgos asumidos por la Concesionaria, este riesgo cambiario.

En el Decreto 4735 de 2009 en el numeral 9.1.2.5 dentro de los estudios y documentos que debe presentar el concesionario se incluye:

“Para observar la coherencia del modelo se debe entregar con la petición un escenario macroeconómico con las variables que se estiman pueden influir en el mismo, por ejemplo inflación interna, inflación externa, devaluación de largo plazo, TRM (Tasa representativa del Mercado) fin de año y promedio, PIB (Producto Interno Bruto) entre otros.”

Además, en la cláusula en la cual se fija la contraprestación se determina su monto en dólares de los Estados Unidos de América, pero a discreción del concesionario, este tiene la facultad de cancelarla en un solo contado a la tasa representativa del mercado al inicio del contrato o de asumir la devaluación y cancelarla en cuotas anuales liquidadas a la tasa de cambio de la fecha de hacerse el pago. En este segundo supuesto la Concesionaria también asume el riesgo cambiario.

Este riesgo que depende de la ocurrencia de variables de mercado y de índole macroeconómicas, normalmente ajenas a la conducta de las partes expuestas a su variación, puede ser gestionado y mitigado mediante decisiones financieras de coberturas, instrumentos derivados y estructuraciones financieras que le permiten al sujeto que pueda resultar afectado cubrirse de las eventuales pérdidas con ocasión de este fenómeno.

Ello implica que la prudencia y la diligencia de un buen hombre de negocios cuyas operaciones usualmente pueden verse afectadas por la tasa de cambio, deben incluir en sus escenarios de planeación el riesgo cambiario. En aquellos casos en los cuales adicionalmente se asumieron contractualmente la totalidad de los efectos derivados del riesgo cambiario, los deberes de prudencia y diligencia implican estimarlos aún en el peor de los escenarios y que existan diversas alternativas para cubrir esos riesgos.

En el modelo financiero sometido a consideración de ANI el componente de ingresos también está expresado en dólares de los Estados Unidos de América en tanto provenían principalmente de la exportación del cemento; los gastos administrativos, en cambio, están expresados en pesos colombianos. Este balance implica que la gestión comercial y la política exportadora o importadora de Cementos Argos S.A. tenía un efecto directo en la posibilidad de compensar cualquier efecto de la diferencia en cambio con el volumen de los ingresos.

Finalmente, se precisa señalar que la Concesionaria agravó su propio riesgo cambiario al desplazar la ejecución de las inversiones, concedora como era del efecto de la tasa de cambio en el monto convenido en dólares de los Estados Unidos de América.

3.1.4.6.3. EL MOMENTO DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS POR LOS QUE SE RECLAMA EN LA DEMANDA REFORMADA

En cuanto al momento de ocurrencia de los hechos referidos en la pretensión 1.1., en la demanda reformada se afirma que estos tuvieron lugar con posterioridad a la celebración del Otrosí No. 1, esto es al 27 de febrero de 2015.

Al respecto se observa que mediante comunicación de 22 de diciembre de 2010¹⁵², al amparo de la cláusula 5, ZFA solicitó una modificación del Plan de Inversiones del Contrato. En dicha comunicación la Demandante señala que a pesar del comportamiento positivo de las exportaciones del sector cemento de la Planta de Cartagena, las cifras muestran que solo a partir de 2015 será necesario contar con una plataforma de atraque y cargue de barcos en el puerto de Cartagena.

Dicha situación, según lo consigna ZFA, tiene por causa *“un estancamiento en el crecimiento de la demanda mundial de cemento y sus derivados, ante la grave crisis inmobiliaria de nuestro principal cliente, los Estados Unidos de América”*. ZFA también invocó en esa oportunidad que la entrada en funcionamiento de nuevas plantas planeadas en función del crecimiento sostenido de la economía mundial (4 %) ha generado excesos de inventarios y aplazamientos en las inversiones de expansión del sector.

Según ZFA ha sufrido los mismos efectos de la recesión mundial y ha debido realizar ajustes de sus inversiones para no poner en riesgo el normal funcionamiento de su negocio, decisiones que afectan el puerto que es materia de concesión por el Contrato No. 03 de 2010 en tanto la expansión del terminal portuario está ligada a las necesidades de movilización de carga de la planta de cemento de ZFA en Cartagena.

¹⁵² Folio 212 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

Según la comunicación bajo examen, con el objeto de adecuarse a esta nueva situación ZFA elaboró un nuevo Plan de Inversiones que iniciaría en 2013 para finalizar obras en 2014 y estar en servicio en 2015 y que puso a consideración de la entidad. Esta solicitud inicial fue modificada en varias oportunidades y finalmente el nuevo cronograma se reflejó en el Otrosí No. 1.

Esta comunicación demuestra que, transcurridos apenas 10 meses de la celebración del Contrato, la Concesionaria se dirigió a la entidad contratante para solicitar el cambio del plan de inversiones e invocó, de modo principal, como fundamento de esa solicitud el estancamiento del crecimiento de la demanda mundial del cemento y sus derivados, cuya causa, también adujo, era la crisis económica de los Estados Unidos, su principal cliente. Lo anterior denota que al menos desde finales de 2010, la Concesionaria tenía conocimiento de la problemática relacionada con la demanda de cemento, particularmente de los Estados Unidos y con apoyo en dicho evento solicitó la modificación del Plan de Inversiones.

Por consiguiente, al menos en lo que se refiere al comercio del cemento con destino a los Estados Unidos (circunstancia que se invoca en la pretensión 1.1. i.) la Concesionaria tenía datos, conocimiento e información con apoyo en la cual propuso un cambio del Plan de Inversiones, que en las condiciones en las que fue consignado en la comunicación ya referida, fue desestimada por la entidad contratante.

El contenido de esa comunicación y la negociación que tiene origen en ella demuestran también que la Concesionaria era conocedora del mercado de cemento y que además por ser su sociedad controlante un agente destacado en dicha actividad industrial, tenía información de las condiciones en las que se desarrolla el mercado internacional y nacional del producto. Es así como, a sabiendas de la incidencia que la crisis de los Estados Unidos tenía en la demanda de cemento por parte de dicho país, concurrió ante la entidad contratante para justificar una modificación a las inversiones. Con motivo del conocimiento y de los datos del mercado del cemento que tenía a su disposición y, por consiguiente, como

agente conocedor y experimentado en la industria promovió un desplazamiento del plan de inversiones a su cargo.

Lo anterior también lo ratifica el peritaje aportado por ZFA en el que se lee que *“En cuanto a las toneladas exportadas, es posible observar cómo se ha mantenido una tendencia decreciente desde el 2003 y que, a pesar de lograr un crecimiento en 2014 y 2015, esta volvió a caer en 10% y 44% para 2016 y 2017 respectivamente”*¹⁵³. Por lo tanto, la tendencia decreciente de las exportaciones tiene origen en 2003.

Respecto de la primera solicitud de modificación del contrato y del momento en que se presentó, el testigo Santiago Jaramillo Botero, responsable de los asuntos legales de Argos indicó:

“DRA. TORRES: Por favor corrija me si estoy equivocada yo entendí que la solicitud a esa modificación al contrato se hizo desde el 2010 ¿estoy equivocada o es correcto?”

SR. JARAMILLO: Es correcto.

DRA. TORRES: ¿En qué fecha se suscribió el contrato de concesión?”

SR. JARAMILLO: Se suscribió en marzo de 2010,

DRA. TORRES: ¿O sea que desde que se suscribió el contrato se hizo la solicitud de modificación, se empezó a hacer solicitud de modificación al contrato de concesión?”

SR. JARAMILLO: No, no porque estamos hablando de marzo de 2010 a diciembre de 2010, pero sí quiero aclarar algo y es no me constan los hechos del 2010 que

¹⁵³ Página 18 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 523.

me hubieran encargado del tema no me constan hechos específicos no fui claro en los hechos en que sí tuve mucha participación como fueron los del 2015 hasta acá, pero por lo menos le respondo desde lo documental con las fechas.

DR. PABÓN: Doctor Santiago en ese punto sí vale la pena una precisión en relación con lo que usted sepa con los documentos que haya leído o conocido respecto de la pregunta que le formula la señora apoderada de la ANI, el contrato se suscribe en el 2010 y ¿cuándo se presenta la primera solicitud de modificación de inversiones?

SR. JARAMILLO: La primera solicitud doctor se presenta el 24 de diciembre del 2010 con la finalidad de que el puerto pudiera comenzar a operar en el 2015, lo que consta en los documentos a los que yo he tenido acceso como abogado de la compañía es que desde ese momento se relatava una crisis mundial del cemento y un cambio en las condiciones de la industria cementera mundial en el que nuestro principal aliado de exportaciones era Estados Unidos estaba teniendo unas circunstancias anormales en el mercado, es por eso que la compañía hizo una estimación de que a partir de 2015 ese mercado tendría capacidad de recibir las cargas exportadas de nuestro puerto es lo que conozco doctor¹⁵⁴.

Puestas así las cosas, al menos en lo que se refiere a la reducción de la carga de cemento para exportación hacia los Estados Unidos, que según la pretensión 1.1. ha estado por debajo de los volúmenes que se proyectaron, no se trata de un hecho imprevisible o sobreviniente a la suscripción del Otrosí No. 1 de 2015, toda vez que, como se ha acreditado en el proceso, desde 2010 la Concesionaria disponía de información al respecto y con apoyo en ella solicitó el desplazamiento de las inversiones.

¹⁵⁴ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a las páginas 24 y 25 de la transcripción (como ayuda metodológica).

3.1.4.6.4. LA REDUCCIÓN DE LOS INGRESOS POR LA EXPLOTACIÓN DEL PUERTO, QUE HAN ESTADO POR DEBAJO DE LOS QUE FUERON PROYECTADOS PARA DETERMINAR EL VALOR DE LAS INVERSIONES A RECUPERAR Y EL VALOR DE LAS CONTRAPRESTACIONES

En lo que se refiere a la reducción de los ingresos por la explotación del puerto, no se encuentra que en el Contrato se haya garantizado al Concesionario un ingreso mínimo o un monto determinado a partir del cual pueda sostenerse que ZFA haya experimentado una reducción de sus ingresos por la explotación del puerto o que sus ingresos hayan sido inferiores en función de las inversiones a las que se obligó.

En consecuencia, los ingresos generados no dependen de ANI ni supeditan la ejecución del contrato o el cumplimiento de las obligaciones a los resultados de la operación de la Concesionaria; tampoco se demostró que los ingresos del proyecto afecten o tengan una relación directa con la economía del contrato, porque este riesgo comercial fue asumido exclusivamente por ZFA y en tal sentido no puede trasladarlos a ANI como sustento para obtener la modificación del contrato o para sostener la imposibilidad de conjurar los efectos de la economía del contrato.

No se identifica una estipulación en el texto contractual, ni en el Plan de Inversiones que permita concluir que los ingresos de ZFA han sido inferiores a los proyectados. Antes bien, la cláusula 15.21 estipula la obligación del Concesionario de hacer las inversiones en infraestructura portuaria y en equipos “*que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto*”. Dentro del esquema de la concesión bajo estudio, el objeto de esta estipulación es que sobre la base de las inversiones que la Concesionaria haga en infraestructura y equipos, se incrementen las operaciones, la eficiencia del puerto y en esa medida, los ingresos de la Concesionaria. En otras palabras, el retraso o el desplazamiento de las inversiones tienen como consecuencia la ralentización de la eficiencia y de la operatividad del puerto lo cual naturalmente irá en desmedro del propio Concesionario. El Tribunal analizó este punto al pronunciarse sobre el alcance del modelo financiero y las proyecciones.

Sobre este aspecto, llama la atención la respuesta del testigo Juan Esteban Calle Restrepo quien indicó precisamente que, al no haberse cumplido con los volúmenes de exportación, no se obtuvieron los ingresos esperados:

“DR. ARIZA: Hay una pregunta sobre eso, neutra, para ilustración del Tribunal, por qué tiene que haber, es decir, ¿cuál es la razón para que haya un efecto nocivo sobre esta materia si los ingresos están proyectados en dólares y las inversiones también?”

SR. CALLE: La primera razón es que los ingresos en dólares no se han dado, el dato ingreso ha sido significativo entonces claramente los ingresos estaban esperados para hacerse en dólares, pero no se dieron porque los volúmenes de exportación no se han cumplido, estamos exportando un millón de toneladas de un plan de negocios de 3 millones”¹⁵⁵.

Ahora bien, en cuanto a los montos a los que se refiere esta pretensión, no se cuenta con información idónea y suficiente que permita concluir que la aspiración de la Demandante tiene respaldo, en la medida en que no se allegaron al expediente las cifras, con los correspondientes soportes contables que acrediten la información atinente a los ingresos de la Concesionaria.

Sin embargo, el peritaje financiero aportado por ZFA contiene la siguiente información relativa a los ingresos y a su relación con el Plan de Inversiones: *“Sobre la primera parte de la pregunta, el Perito manifiesta que las inversiones pactadas en el Contrato de Concesión 003 de 2010 se establecieron teniendo los ingresos modelados y con los cuales se previó que se recuperarían tales inversiones. Sobre este punto es necesario explicar que el Contrato de Concesión 003 de 2010 los ingresos proyectados, las inversiones y las contraprestaciones constituyen una unidad analítica”¹⁵⁶. (Se enfatiza).*

¹⁵⁵ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 52 de la transcripción.

¹⁵⁶ Página 14 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 519.

Más adelante también se precisa que *“En esta medida, el Perito observa que en el Otrosí quedaron plasmados elementos que obedecen a la lógica financiera mencionada, pues propone una reprogramación de las inversiones, que implica un mayor valor de las mismas, pero también se manifiesta que la prioridad de estas inversiones dependerá de los volúmenes de carga. Esto da a entender, desde una perspectiva financiera, que se está reconociendo la relación fundamental en finanzas de riesgo versus retorno.”*¹⁵⁷

En relación con los ingresos, el peritaje señala que pueden entenderse en este tipo de contratos *“bajo la óptica del costo de oportunidad. Es decir, una vez se adquiere el puerto para uso del privado se está eliminando la necesidad de contratar estos servicios en puertos. (...) Tales ahorros son los ingresos con fundamento en los cuales se modeló el proyecto, se calculó el valor de las inversiones que amortizarían en el plazo pactado y se fijaron las contraprestaciones a cargo del Concesionario.”*¹⁵⁸

Así las cosas, bajo la perspectiva de una unidad analítica a la que se refiere el peritaje, examinada en conjunto esta problemática de los ingresos de la Concesionaria, en estricto sentido no se encuentra que haya una *“reducción de los ingresos por el puerto concesionado”* sino que aquella no ha alcanzado el nivel de ingresos que proyectó en su modelo financiero. Por otra parte, si los ingresos son los ahorros que hace ZFA por no tener que contratar los servicios de otro puerto, no puede sostenerse que haya una reducción de los mismos, pues el beneficio —en los términos del peritaje— los preserva mientras ostente la condición de concesionario.

Así mismo, si dichos ahorros son los ingresos con arreglo a los cuales se estructuró el proyecto *“se calculó el valor de las inversiones que amortizarían en el plazo pactado”*, se ratifica la conclusión de que tales inversiones debían amortizarse en el término acordado, y

¹⁵⁷ *Ibidem.*

¹⁵⁸ Página 24 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 529.

por lo tanto un desplazamiento del cronograma afecta dicha amortización. En suma, más que una causa o un hecho sobreviniente que pueda invocarse en abono de la imprevisión, se trata de un efecto, o resultado que se produjo, entre otras razones, porque no se cumplieron las proyecciones de ingresos estimadas y por no haberse efectuado las inversiones en la oportunidad en la que fueron convenidas originalmente en el Contrato.

3.1.4.6.5. EL CRECIMIENTO INUSITADO DEL NÚMERO DE TONELADAS DE CEMENTO A GRANEL Y EMPACADO QUE SE IMPORTA EN COLOMBIA

En relación con esta variable, se tiene que con base en información de la página *Trade Statistics for international business development*, en el peritaje financiero se expresa que “es posible observar cómo se ha mantenido una tendencia creciente desde el 2006, teniendo tan solo dos periodos donde este valor es decreciente, 2007-2008 con un decrecimiento del 23% y 2016-2017 con un decrecimiento del 20%”¹⁵⁹.

Respecto de esta información de orden técnico relativa al alegado incremento de las importaciones de cemento en Colombia, —que por demás es la única con la que se cuenta en el expediente— se considera que a pesar de que se trata, al parecer, de una fuente de internet, el dato que toma el peritaje y que refleja en abono de sus respuestas es que existe una tendencia creciente de las importaciones desde 2006, esto es desde antes de la celebración del contrato y con mayores veras antes de la celebración del Otrosí No. 1 de 2015. Si bien, según el peritaje, dicha tendencia encuentra sus niveles más altos en los años 2015 y 2016, ello obedece a un incremento de importaciones que inició en 2006 y respecto del cual es previsible que, al celebrar el contrato, la Concesionaria tuviera conocimiento de esta situación.

En este punto se reitera la consideración hecha líneas atrás, según la cual el protagonismo y la relevancia de la Concesionaria en el mercado nacional e internacional del cemento

¹⁵⁹ Página 20 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 525.

permiten inferir que debía tener conocimiento de una variable como la que se alega en este punto, esto es la tendencia al alza de las importaciones de cemento en el país. En ese orden de ideas, si bien el crecimiento de tales importaciones puede resultar inusitado, en el sentido de que pudo presentarse en unos niveles que no eran normales para el país, es previsible que la propia Concesionaria tuviera información en su poder respecto de que para la época en la que se celebró el contrato, el mercado ya se encontraba en esa tendencia y, por consiguiente, no se trata de un fenómeno sobreviniente o imprevisible. Por el contrario, ZFA estaba en condiciones de preverlo, esto es, era previsible.

3.1.4.6.6. LA DEVALUACIÓN SOSTENIDA DEL PESO COLOMBIANO QUE HA INCREMENTADO SUSTANCIALMENTE LAS INVERSIONES, LAS CUALES NO SE VEN COMPENSADAS POR LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA EXPORTACIÓN DE CARGA

En cuanto a la devaluación del peso, el peritaje señala: *“Finalmente, luego de la firma del Otrosí de 2015, se observa una devaluación pronunciada (mayor al 50%) del peso colombiano frente al dólar americano que tuvo su punto más alto a finales de 2015 y marcó la tendencia de esta variable macroeconómica hasta el día de hoy.”*¹⁶⁰

El peritaje también agrega que *“Reuniendo lo anterior se puede concluir que el comportamiento de la TRM fue anormal e imprevisible luego de la suscripción del Otrosí de 2015 ya que, estadísticamente hablando, la devaluación presentada constituye un evento de cola”*¹⁶¹.

Si bien es innegable que con posterioridad a la celebración del Contrato ocurrió un fenómeno de devaluación del peso colombiano respecto del dólar, que resulta acreditado con las cifras que se citan en el peritaje y las conclusiones del mismo experto, no puede perderse de vista —como se indicó en capítulo anterior de esta providencia— que este preciso evento

¹⁶⁰ Página 52 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 557.

¹⁶¹ Página 56 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 561.

constituye un riesgo que fue asumido en forma expresa por la Concesionaria ya que dentro de la asignación de riesgos de la concesión se encuentra a su cargo. Es así como en la cláusula trigésima se estipuló que la Concesionaria acepta que la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato son asumidos por ella y dentro de tales riesgos se incluyó, en forma singular, el cambiario. Esta estipulación guarda armonía con la consideración 6) del texto contractual en la que se consignó que la Concesionaria acepta que la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato son de su exclusiva responsabilidad.

En relación con este punto, resulta pertinente lo señalado en laudo anterior: *“Los riesgos asignados, distribuidos y negociados integran la ecuación económica del contrato; quien los asume, siempre los tendrá a su cargo y no podrá invocar la preservación del equilibrio contractual para soslayarlos ni su asunción podrá ignorarse en el restablecimiento del equilibrio económico”*¹⁶².

En cuanto a la relación que pueda existir entre las inversiones y los ingresos de la Concesionaria que según la demanda reformada deberían compensar el valor de aquellas, conviene precisar lo siguiente. Por un parte, como ya se expresó, no existe en el expediente la información contable idónea que acredite el valor de los ingresos que ZFA estima insuficientes para compensar las inversiones, de suerte que no se cuenta con elementos probatorios que apoyen esta argumentación.

Por otra parte, tampoco puede perderse de vista que al no haberse hecho las inversiones en la oportunidad en la que fue inicialmente pactada, en lo que respecta a la tasa de cambio, el transcurso del tiempo ha corrido en contra de la Concesionaria; no solamente por el hecho de que la tasa se ha incrementado, lo que aumenta el valor de las inversiones¹⁶³, sino

¹⁶² Laudo del Tribunal de Arbitraje de Casa Editorial El Tiempo contra Comisión Nacional de Televisión del 13 de febrero de 2006.

¹⁶³ En la página 56 del Peritaje Financiero (Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 561) se señala que ante el porcentaje de inversiones que se deben realizar en pesos colombianos y habida cuenta del incremento de la tasa de cambio, las inversiones se han tornado más costosas.

también porque para los años posteriores a la suscripción del Otrosí No. 1 de 2015, el peritaje dictaminó una devaluación pronunciada del peso frente al dólar que marcó la tendencia a partir de ese momento. Por lo tanto, en lógica fluye que de haberse ejecutado las inversiones en la oportunidad en la que fue convenida originalmente y si no se hubiera desplazado el cronograma de tales inversiones —circunstancia que ocurrió a instancias de ZFA— la Concesionaria no hubiera experimentado, al menos en la magnitud que se reclama, los efectos de la devaluación.

En relación con este punto, el testigo Santiago Jaramillo Botero, reconoció lo siguiente respecto de la falta de ejecución de obras para la fecha de celebración del Otrosí No. 1.

“DRA. MESA: ¿Conoce usted doctor Santiago el porcentaje de ejecución del contrato al momento de la suscripción del otrosí número 1?

SR. JARAMILLO: Realmente no se habían ejecutado obras de manera sustancial tengo entendido que la ANI porque tampoco me consta negó la incorporación en el plan de inversiones de unos equipos que habíamos comprado desde el 2010 precisamente por no haber estado instalados.”¹⁶⁴

A su vez, el testigo Carlos Horacio Yusty Calero, también reconoció la poca ejecución del Otrosí No. 1:

“DR. GUTIÉRREZ: ¿Usted conoce a la fecha actual cuál es el porcentaje o el nivel de ejecución del plan de inversiones pactada en el contrato después de la modificación del otrosí uno de 2015?

SR. YUSTY: La ejecución es muy abajo, nosotros comenzamos a firmar contratos hace como unos 3 meses, ya tenemos si estamos firmando de 32 millones de dólares hoy en

¹⁶⁴ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 27 de la transcripción (como ayuda metodológica).

día tenemos comprometidos y digamos ya unos 16 millones de dólares que todavía no están avalados obviamente como inversión porque aquí es la metodología con la cual la ANI certifica la inversión que es un poco diferente a lo que nosotros apropiemos los recursos internamente a la compañía.

Para nosotros llevamos más o menos apropiado 16 millones de dólares desde el punto de vista de metodología de la ANI, que si tenemos el mismo porcentaje que es muy pequeño, pero contratos ya firmados tenemos del orden de 16 millones de dólares”¹⁶⁵.

La testigo Diana Ximena Corredor Yepes describió la dinámica del contrato en estos términos:

“SRA. CORREDOR: No recuerdo exactamente pero bueno, lo que pudo haber sido esa reunión es que el concesionario planteaba hacer una propuesta de congelación el VPN de las inversiones teniendo en cuenta lo que les digo que entre más se demoren en ejecutarlas, más le va a valer a él, en términos de dólares de cada año, entonces lo que plantea el concesionario era que se congelara en alguna fecha del tiempo ese VPN de manera que cada año que pasara no fuera en contra del concesionario, pero creo que esa propuesta se presentó al comité y finalmente nunca la aprobaron.”¹⁶⁶

Expresado en otras palabras, con el desplazamiento del Plan de Inversiones, la Concesionaria se puso en condiciones que agravaron su situación por efectos de la tasa de cambio, que, a su turno, provocaron que el referido desplazamiento le causara un efecto gravoso como consecuencia de la devaluación del peso. En estricto rigor, para la época en la que la devaluación alcanzó sus índices más elevados, ya debería haberse ejecutado el Plan de Inversiones conforme a lo estipulado en el Contrato 003 de 2010.

¹⁶⁵ Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 100 de la transcripción (como ayuda metodológica).

¹⁶⁶ Acta No. 12, folios 152 a 156 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 16 de la transcripción (como ayuda metodológica).

En consecuencia, en lo que atañe a la tasa de cambio y los efectos que haya tenido en el Contrato no se configuran los elementos para sostener que se trata de un evento imprevisto e imprevisible, ni mucho menos ajeno a ZFA toda vez que, por una parte, fue un riesgo asumido por ZFA y, por la otra, las eventuales consecuencias que dicha tasa de cambio le hayan causado a la Concesionaria no le son completamente ajenas a este, por cuanto no dio observancia al Plan de Inversiones estipulado originalmente, y en esa medida, su conducta incidió en los efectos por los que ahora reclama.

3.1.4.7. CONCLUSIÓN

Por las consideraciones que anteceden, se declarará que prospera en forma parcial la pretensión 1.1. en cuanto a la ocurrencia de los hechos referidos, en particular, a la reducción de la carga de cemento exportada desde el Puerto, el incremento del número de toneladas de cemento a granel y empacado que se importa en Colombia y la devaluación sostenida del peso colombiano frente al dólar. En efecto, el modelo financiero contiene las proyecciones relativas a estos eventos invocados en la pretensión y el dictamen pericial de parte ha concluido que, en la realidad, el comportamiento de esos factores no se ajustó a los datos del referido modelo. Sin embargo, tal como se ha precisado en el laudo, estos aspectos son de la esfera jurídica de la Concesionaria, por cuanto se trata de cálculos y proyecciones que no fueron garantizados por la entidad concedente y son parte de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato de concesión que fueron asumidos íntegramente por la demandante. Por último, el carácter “*inusitado*” del incremento del cemento importado y los efectos económicos de la devaluación sostenida a los que se refieren los numerales iii. y iv. de la pretensión 1.1. no se encuentran probados en el expediente.

Por las razones expuestas, se declarará que no prospera la pretensión 1.2. en la medida que se concluyó que los hechos relacionados no resultaron imprevisibles, extraños y no imputables al Concesionario.

En la medida en que la pretensión 1.3. se deduce como consecuencial de las anteriores (*“que los anteriores hechos han producido, además de los que resulten probados en el proceso, los siguientes efectos sobre la economía del Contrato de Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015”*) y desde el punto de vista material supone la prosperidad de la súplica 1.2., se declarará que no prospera la pretensión 1.3. de la reforma de la demanda.

Por las mismas razones, se declarará que no prosperan:

- La pretensión 1.4. de la reforma de la demanda respecto de la naturaleza anormal, extraordinaria y no imputable al Concesionario de los “efectos producidos por tales hechos sobre la economía del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015”, además de *“superar las previsiones que razonablemente podía tomar”, “desbordan los riesgos que le fueron asignados”,* y no tener “el deber jurídico de soportarlos”. El laudo ha concluido que los hechos invocados por la Convocante no fueron posteriores a la celebración del contrato, que los riesgos asumidos por la Concesionaria no son anormales ni imprevisibles y que la ZFA con su propia conducta agravó los términos y condiciones económicas en los cuales debía ejecutar las inversiones al no iniciar su ejecución conforme al cronograma presentado al tiempo de la celebración del Otrosí No. 1 al Contrato. En consecuencia, esta pretensión tampoco está llamada a prosperar.
- La pretensión 1.5. a propósito de la *“imposibilidad de conjurar dichos efectos en la economía” del Contrato y su Otrosí “en lo que resta de su plazo de ejecución”,* también, porque no puede predecirse con exactitud los resultados de las exportaciones e ingresos.
- La pretensión 1.6., al pretender, en virtud de todo lo anterior, que se declare que ZFA no tiene la obligación de ejecutar las inversiones a pérdida y contra su patrimonio.

- La pretensión 1.7. al solicitar, “*como consecuencia de lo anterior*” el fracaso de los supuestos e hipótesis para la ejecución del Contrato y de su Otrosí. De hecho, en cuanto esta última pretensión en los alegatos de conclusión el apoderado de la parte convocante afirma respecto de la pretensión 1.7 que el fracaso de los supuestos e hipótesis para la ejecución del contrato se acreditó en las pretensiones 1.1 y 1.3., luego para el demandante esta pretensión también es consecuencial, razón de más para declarar que no prospera.
- En lo que se refiere a la pretensión 1.8., en el análisis que adelantó el Tribunal en acápite anterior, respecto de la conducta contractual de las partes, se hizo un recuento detallado de las actuaciones cumplidas en el curso de la ejecución contractual para atender las solicitudes de modificación del Contrato tanto en la primera oportunidad en el año 2010, como aquellas ocurridas con posterioridad a la firma del Otrosí. No. 1 a partir de la petición del año 2016.

Se concluyó que en las dos oportunidades ANI desplegó una conducta diligente encaminada a revisar conjuntamente con la Concesionaria las diversas alternativas planteadas. La primera, que culminó con la firma del Otrosí No. 1 al Contrato y la segunda que finalmente no se concretó en un acuerdo.

Relievó el Tribunal que, si bien la conducta de ANI estuvo enderezada a revisar diversas alternativas y que además acudió a la búsqueda de una fórmula a través de los mecanismos de solución de controversias estipulados en el contrato, ello no implica que estuviere obligada necesariamente a aceptar la modificación respecto de uno de los elementos que, desde la firma del contrato, se ha considerado inmodificable como es la aplicación constante de la tasa de descuento y el VPN.

Por las anteriores razones, se declarará la no prosperidad de esta pretensión en cuanto está probado que ANI sí acudió a revisar el plan de inversiones, aunque no haya accedido a modificarlo. El verbo acudir conforme al Diccionario de la Real

Academia de la Lengua Española significa: “1. *ir al sitio donde le conviene o es llamado.* 2. *Ir o asistir con frecuencia a alguna parte.* (...) 5. *Atender*” y está acreditado en el acervo probatorio que ANI sí atendió dichas solicitudes.

Lo que en realidad ocurrió fue que ANI “no accedió” a dichas solicitudes en el alcance preciso de ese vocablo que significa “*Consentir en lo que alguien solicite o quiera*”. En criterio del Tribunal se demostró que ANI no accedió a dicha solicitud porque no estaba obligada a ello si después de revisados los supuestos planteados por la Concesionaria, concluyó que las causas invocadas por esta no encuadraran en los supuestos normativos contemplados en el numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 para revisar el contrato y en tanto consideró que las variables o alternativas propuestas no podían aceptarse sin alterar la estructura del Contrato, con apoyo en lo cual no puede predicarse incumplimiento de ANI del artículo 4, numeral 8° de la Ley 80 de 1993.

- La pretensión 1.9 solicita “*Que, como consecuencia de lo anterior, se declare que ANI no puede exigir al Concesionario la ejecución de las inversiones que resultan de aplicar la tasa de descuento pactada, pues se estaría beneficiando de su reluctancia en la adopción de las medidas necesarias para mantener la equivalencia prestacional del Contrato de Concesión 003 de 2010 y de su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015*”. Por las mismas razones anteriores señaladas al pronunciarse sobre la pretensión 1.8 y, en tanto no es posible concluir la reluctancia de ANI invocada por la parte demandante, esta pretensión no está llamada a prosperar. El Tribunal ha concluido que las partes manifestaron en dos oportunidades su consentimiento expreso respecto de la aplicación de la tasa de descuento, que el incumplimiento del cronograma de ejecución de obras agravó las condiciones económicas del contrato como consecuencia de una conducta de la Concesionaria a cuyos efectos no puede sustraerse y que no está probado que las prestaciones de las partes hayan perdido su equivalencia, luego no hay lugar a acceder a esta pretensión.

- Respecto de la pretensión 1.10, ya se ha señalado a lo largo de este laudo que no está acreditado el fracaso de los supuestos e hipótesis para la ejecución del contrato y se ha señalado adicionalmente que tanto el plan de inversiones como la tasa de descuento son elementos del contrato de concesión que tienen origen tanto en la propuesta presentada por la Concesionaria como en la manifestación mutua de voluntad de incluirlas en el contrato vinculante.

Adicionalmente, si bien se acreditó la disminución de los ingresos proyectados y el incumplimiento de las proyecciones que fueron estimadas exclusivamente por la Concesionaria se concluyó también que tales ingresos no fueron garantizados por ANI, amén de que los resultados del negocio de la Concesionaria no estaban atados al modelo financiero ni al mercado del cemento. En tanto no se demostró la ocurrencia del desequilibrio económico y la rentabilidad no estaba garantizada por ANI, no es procedente concluir que existen situaciones sobrevinientes a la fecha en que fue contraída la obligación, que impliquen la modificación de dichos elementos. Por tal razón, esta pretensión también se negará.

3.2. LA PRETENSIÓN DECLARATIVA SUBSIDIARIA

En la pretensión subsidiaria a la declarativa principal 1.10. la Demandante solicita:

“Subsidiaria a las pretensión 1.10: Que, en caso de no despacharse favorablemente la pretensión 1.10, se declare que ante el retardo que se ha presentado en la ejecución de las inversiones no es procedente acumular la aplicación del valor máximo de las multas y la cláusula penal pecuniaria pactadas en las cláusulas 18ª y 19ª del Contrato de Concesión 003 de 2010, por un lado, y la tasa de descuento pactada el parágrafo primero de su cláusula 7ª, por el otro, puesto que la ANI se enriquecería injustamente a expensas de ello.”

Al no prosperar la pretensión declarativa 1.10 principal, es pertinente decidir la subsidiaria, orientada, según se transcribió, a declarar la inexigibilidad simultánea del valor máximo de las multas y de la penal pecuniaria, de una parte, y de otra, la tasa de descuento, pactadas en el contrato, frente al retardo en la ejecución del plan de inversiones, porque en tal caso, la entidad concedente se enriquecería injustamente a expensas de la Concesionaria.

3.2.1. POSICIÓN DE LA DEMANDANTE

En el alegato de conclusión la Demandante insiste en la improcedencia de la cláusula penal, las multas y la tasa de descuento ante la mora en la ejecución del plan de inversiones, la cual no faculta a ANI para exigir las todas, según hizo con la Resolución No. 1380 de 2018, ni puede constituirse en fuente de enriquecimiento injusto, como demuestra el dictamen pericial del experto Julio Villarreal Navarro.

En su sentir, el párrafo primero de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión de 2010, modificada con Otrosí No. 1 de 2015, somete la obligación de garantizar el valor presente neto de las inversiones igual al registrado en el modelo financiero originario de la contraprestación “*descontado al 14.60% anual (WACC EN CORRIENTES)*” a condición potestativa, consistente en el “*evento que EL CONCESIONARIO solicite modificación del plan de inversiones aprobado en la Resolución No. 1651 de 2014*”, estipulación clara a la que debe estar el juez conforme al artículo 1618 del Código Civil, la cual no se verificó al no haberla solicitado con posterioridad a la suscripción del mencionado Otrosí No. 1, por cuanto, la pidió una vez, luego de firmado el contrato primigenio, en radicado 2012-409-025-022-2 de 23 de agosto de 2012, y las elevadas en sus comunicaciones 2016-409-004864-2 del 21 de enero de 2016, 2016-409-014079-2 del 22 de febrero de 2016 2016-409-041665-2 del 20 de mayo de 2016, y en la conciliación presentada ante la Procuraduría General de la Nación el 31 de agosto de 2017, por el comportamiento anormal e imprevisible del mercado internacional del cemento, solicitaron prescindir la ejecución de las inversiones relativas a la construcción del nuevo muelle, reducir el área concesionada y el plazo, o entregar un lote adyacente al puerto, mas no la modificación del expresado plan de inversiones. Añade que,

ante la falta de aceptación de estas solicitudes, no ejecutó el plan de inversiones acordado en el Otrosí No 1, incurriendo en mora, hipótesis distinta a la condición estipulada para el surgimiento de la prestación de garantizar el valor presente con la tasa de descuento pactada, cuyas consecuencias son la imposición de las multas o la declaratoria unilateral de incumplimiento con la penal pecuniaria, previstas en las cláusulas 18 y 19 del Contrato.

En gracia de discusión, dice, aún si pudiere atribuirse un sentido distinto a la estipulación, ANI, no puede imponer, de una parte, las multas y la penal, y de otra la tasa de descuento, como lo hizo, porque se enriquecería injustamente a expensas de su incumplimiento, por cuanto la responsabilidad no es fuente de enriquecimiento, sino de reparación del quebranto colocando a la víctima en la misma situación que tendría de no ocurrir el hecho dañoso, y consistiendo su obligación en una prestación de hacer proyectada en la confección de una obra dentro del cronograma pactado en el Otrosí No. 1. Al no haberla ejecutado en el plazo estipulado, con arreglo al artículo 1610 del Código Civil, el acreedor sólo puede pretender su cumplimiento -la prestación in natura- y la indemnización del perjuicio derivado de la mora, de donde, al haber convenido la terminación de la misma como consta en su comunicación 2018-409-101629-2, y avanzada en un porcentaje superior al 50 % de la inversión estimada, según declaró el testigo señor Gabriel Ignacio Ballestas Blanco y acreditan los documentos aportados en su declaración, no habiendo experimentado perjuicios ANI por el desplazamiento de las inversiones como declararon su gerente de gestión contractual, José Román Pacheco y la gerente financiera Diana Ximena Corredor, no hay lugar a reparación de un daño que no experimentó, sin que el “*costo financiero*” de una inversión que no es suya, sea un perjuicio indemnizable cierto al no constituir una pérdida patrimonial de la entidad por carecer de nexo causal directo, y concernir a un “*costo financiero*” del “*valor del dinero en el tiempo relativo al monto de la inversión ... que no se encuentra a su cargo, ni se trata de una obligación dineraria a su favor ni en un proyecto estructurado por la misma ANI sino proveniente de una iniciativa privada, por lo que no acredita un nexo causal que permita al Tribunal un pronunciamiento en diferente sentido*”, como lo decidió en caso similar el Laudo Arbitral de 28 de febrero de 2019 en el Tribunal de Arbitraje de Concesión Vial de los Llanos S.A.S. vs ANI (páginas 212 a 214).

Por la ausencia de perjuicio indemnizable del desplazamiento de la inversión, ANI, únicamente tiene derecho a la prestación, las obras del nuevo muelle y su entrega. Sin embargo, agrega, además, con la Resolución 1380 de julio 31 de 2018, le impuso la cláusula penal como reparación anticipada del perjuicio por el retardo, y una multa, castigo o penalidad por el retraso, cuya función es conminatoria, en cuantía de USD\$ 770 391 “*por no ejecutar el plan de inversión propuesto por el CONCESIONARIO dentro del cronograma y presupuestos aprobados*”, de donde, al recibir en tales circunstancias, la prestación in natura (obra pactada) y la penal (reparación anticipada de perjuicios, no obstante que el desplazamiento no le genera alguno), “*su situación patrimonial queda restaurada*”. Precisa que adicionarles a estas sumas el valor de resultante de la tasa de descuento (USD\$ 28 577 051), implicaría un enriquecimiento para la entidad concedente y un empobrecimiento correlativo para la Concesionaria, como si en un contrato con prestaciones dinerarias, el acreedor insatisfecho cobrara el capital, la penal, sanciones por el retardo e intereses moratorios, por todo lo cual, debe declararse próspera la pretensión.

3.2.2. POSICIÓN DE LA DEMANDADA

La Convocada, en su contestación a la demanda reformada se opuso a la pretensión, argumentando la procedencia de las multas, la penal y la tasa de descuento por sus finalidades diferentes, tener la facultad reconocida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 para imponer sanciones ante el incumplimiento evidente de la Concesionaria, y exigir lo acordado en ejercicio de la autonomía de la voluntad como garantía del equilibrio económico, el valor presente de las inversiones pactadas conforme al modelo financiero originario de la contraprestación y el plazo. Rechazó el enriquecimiento injusto, al no haberse incrementado su patrimonio ni el del Estado afectado por la no realización de las inversiones, lo cual descarta el empobrecimiento, reiterando sus facultades legales para imponer sanciones, y exigir la tasa de descuento convenida en la relación contractual, aceptada por la Concesionaria desde su celebración, vigente y no invalidada.

En su alegato de conclusión solicita denegar la pretensión, por cuanto la tasa de descuento VPN, es distinta en su origen y en su fin a la multa y a la cláusula penal, aquella es facultad contractual, *“corresponde a la actualización pactada entre las partes, para equilibrar el contrato en caso de que se solicitare o se llevara a cabo un desplazamiento en las inversiones pactadas”*, y las últimas, son facultades legales del ejercicio de la potestad exorbitante del Estado. Añade que la tasa de descuento, obedece a la *“Metodología de Productividad”* señalada en el CONPES 2680 de 1993, y las resoluciones 596 y 873 de 1994 de la entonces Superintendencia de Puertos, se tuvieron en cuenta para establecer la contraprestación y el plazo a 20 años del proyecto, atañe al equilibrio del contrato de concesión definido en la cláusula séptima del contrato de concesión y en el párrafo primero que modificó dicha cláusula, en el Otrosí de 2015 y surge para mantenerlo.

Precisa que su inaplicación le genera un perjuicio a ANI porque se remuneraría al concesionario un mayor plazo, como explicó la Gerente Financiera de ANI, Diana Corredor, la tasa está convenida en 23 contratos, atañe al equilibrio del contrato de concesión definido en la cláusula séptima del contrato de concesión y en el párrafo primero que modificó dicha cláusula, en el Otrosí de 2015, surge para mantenerlo. Agrega que la Concesionaria no ejecutó oportunamente el plan de inversiones, asumió el riesgo de su postergación, y su modificación comportaría cambiar todo el esquema de riesgos, lo que debe a través del procedimiento legal (art. 17, Ley 1 de 1991, Decreto No. 1079 de 26 de mayo de 2015), y premiar el *“actuar incumplido, negligente y carente de buena fe contractual”* accediéndose a las pretensiones de quien *“no solo no realizó las inversiones en tiempo, sino que, actuó con negligencia y falta de buena fe, al dejar al azar la ejecución del contrato ante la negativa de realizar las inversiones ya que no le generaba el ingreso proyectado por el mismo, y nunca garantizado por ANI”*.

Finalmente, reitera que ANI no está llamada a soportar los riesgos y consecuencias de los incumplimientos de la Convocante.

3.2.3. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La señora Agente del Ministerio Público, Procuradora 131 Judicial II Administrativo, en su concepto, previa concreción de la controversia, las pruebas del proceso, naturaleza de la concesión, metodología utilizada para calcular la contraprestación conforme al documento CONPES DN-2680-1993, el principio de planeación, cargas y prestaciones del contratista, el equilibrio económico, causas de ruptura, los riesgos, y fuerza obligatoria del pacto, se detiene en el análisis de las estipulaciones contractuales, en particular, las cláusulas séptima, octava y trigésima del contrato celebrado, relativas al plan de inversiones, la contraprestación y asunción de riesgos.

Acentúa la obligación contraída por la Concesionaria de pagar la contraprestación bajo la metodología establecida, realizar el monto de las inversiones dentro del plazo pactado y pagar la tasa de descuento del 14,60 % anual (WACC) *“como forma de revisión del plan de inversiones, en el evento de una modificación, y que, a su vez, asumió, entre otros, los riesgos financieros y comerciales de la ejecución del proyecto”*. Concluye, la *“existencia de la obligación pactada, que no se ha cumplido en su totalidad y que aún es exigible”*, sin advertir la viabilidad de modificar lo pactado, por lo que solicita desestimar las pretensiones.

3.2.4. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Preliminarmente, debe advertirse que las controversias sometidas al conocimiento de este Tribunal, las planteadas en la reforma de demanda, su respuesta y excepciones, no atañen a la Resolución No. 1380 de 2018, citada en sus escritos por las partes. Por consiguiente, los análisis, y decisiones de este laudo tampoco conciernen al mencionado acto administrativo contractual, sino exclusivamente a la materia singular, concreta y específica comprendida en su competencia¹⁶⁷.

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de septiembre de 2009, Expediente 17001-3103-005-2003-00318-01: *“El juzgador, por normas expresas e imperativas, está sujeto en su quehacer al principio de congruencia, sin poder actuar de oficio (ne procedat iudex ex officio) salvo autorización del ordenamiento jurídico, siéndole menester un pronunciamiento claro en*

Sentada la premisa anterior, en presencia de un contrato existente y válido, las partes tienen el deber legal de su cumplimiento¹⁶⁸, en línea de principio, espontáneo o en su defecto, forzado y de buena fe¹⁶⁹, en todo lo que le corresponde por su definición (*essentialia negotia*), ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) y a lo expresamente pactado (*accidentalialia negotia*)¹⁷⁰, sin que ninguna, salvo causa legal o contractual expresa, pueda abstenerse de

coherente y simétrica correspondencia con el thema decidendum, esto es, 'en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda' y demás oportunidades procesales, así como (...) con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas", salvo las que debe declarar así no sean invocadas [...] El petitum, la causa petendi, sus soportes fácticos y normativos, la contestación, excepciones interpuestas y las alegaciones, imponen los linderos de la actividad del juez [...] (Sent. Cas. Civ. No. 076 de treinta de julio de 2008)" y la sentencia "debe ser armónica con lo que constituye el objeto del litigio; es decir, con las pretensiones formuladas en la demanda, las excepciones propuestas por el demandado y, si fuere el caso, con las súplicas de la reconvencción y de los hechos exceptivos que se aduzcan para lograr su enervamiento, ya que en esta materia tiene preponderancia el principio dispositivo que inspira el procedimiento civil. Sólo en casos determinados en que el juez se encuentra autorizado por el ordenamiento jurídico, puede hacer pronunciamientos oficiosos, pues, como lo enseña la Corte en sentencia de 28 de noviembre de 1977, los jueces civiles tienen condicionado su poder decisorio a que los asociados demanden expresamente su intervención y les está limitado por los asuntos que éstos les demarquen en las pretensiones que ejerciten en la demanda o por el contenido de las excepciones que sean propuestas. El fallador, pues, no puede, sin desbordar los límites de su potestad, resolver temas que no le hayan sido propuestos oportunamente por las partes, y tampoco puede, desde luego que se reclama su intervención para desatar el litigio, dejar sin decisión materias de las que fueron sometidas a su composición" (Cas. Civ. 27 de marzo de 1990, sin publicar).

¹⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 22 de julio de 2009, expediente 17552; Subsección B, 2 de mayo de 2005, Rad.25000-23-26-000-2001-01072-01: "los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, [...] las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna [...] el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio 'lex contractus, pacta sunt servanda'". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de abril 2 de 1941, LI, 172; Marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; Junio 3 de 1954, LXXXVII; Junio 28 de 1956, LXXXIII, 103; Junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; octubre 19 de 1999.

¹⁶⁹ El artículo 1602 del Código Civil preceptúa: "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". El artículo 1603 del Código Civil, dispone: "Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella", sean esenciales, naturales o accidentales (art. 1501) o de uso común (art.1622). El Código de Comercio, en su artículo 871, reitera: "Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

¹⁷⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 1 de julio de 2009, Rad. 11001-3103-039-2000-00310-01: "[...] el contenido de un negocio jurídico y, por tanto, de las obligaciones generadas, es un todo homogéneo, unitario, complejo y compuesto por el conjunto de sus elementos esenciales (*essentialia negotia*), naturales (*naturalia negotia*) o accidentales (*accidentalialia negotia*) tal como dispone el artículo 1501 del Código Civil y a la luz de los artículos 1602 y 1603 esjudem y 871 del Código de Comercio, obliga a su cumplimiento de buena fe en todo cuanto le pertenece según su esencia, naturaleza, a lo expresamente pactado y a lo que le corresponde según la ley, la costumbre y la equidad". Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 2 de julio de

cumplir¹⁷¹, desde luego que están obligadas a *"la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa"*¹⁷², en forma simétrica e íntegra con el título obligatorio y la ley, so pena de incurrir en incumplimiento¹⁷³.

El deber legal de cumplir pervive en la excesiva onerosidad sobrevenida, por supuesto que no autoriza a ningún contratante para abstenerse a su arbitrio de cumplir lo pactado. En efecto, el contrato obliga a las partes a su cumplimiento mientras no sea *"invalidado [...] por su consentimiento mutuo o por causas legales"*.

Este deber legal es de mayor relevancia en la contratación estatal, regida por el principio de la prevalencia del interés general (artículos 1º, 209 y 123 de la Constitución Política)¹⁷⁴.

2010, Rad. 11001-3103-032-2001-00847-01: *"[...] el contenido del negocio jurídico constituye un todo compacto, homogéneo y está integrado con todo cuanto le pertenece por definición (esencialia negotia), ley, uso, costumbre o equidad (naturalia negotia), y lo expresamente convenido (accidentalialia negotia), incorporando per se las disposiciones legales consagradorias de sus efectos (artículos 864 y 871, Código de Comercio; 1501, 1602 y 1603, Código Civil)"*.

¹⁷¹ Corte Suprema de Justicia, sala de Casación Civil, Sentencias de abril 2 de 1941, LI, 172; Marzo 24 de 1954, LXXXVIII, 129; Junio 3 de 1954, LXXXVII, 767; Junio 28 de 1956, LXXXIII, 103; Junio 23 de 1958, LXXXVIII, 234; octubre 19 de 1994: *"Los particulares deben conducirse en todas sus actuaciones según el principio de la buena fe (C.P. art. 83). En el plano negocial, las partes deben comportarse con lealtad, lo que se traduce, en términos prácticos, en el respeto de los derechos ajenos y en el no abuso de los propios (C.P., art. 95-1)..."*; 3 de julio de 1963: *"La integridad está referida a la totalidad de la prestación debida, hecho o cosa; la efectividad, dice relación a solucionar la obligación en la forma pactada; y la oportunidad alude al tiempo convenido"*.

¹⁷² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencias de mayo 31 de 1963, julio 3 de 1.963, octubre 10 de 1971.

¹⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias de 27 de noviembre de 2017, Rad. 50001-23-31-000-2006-00639-01 (59.212); 24 de julio de 2013, Expediente 25131 y 26 de marzo de 2014, Expediente 26831: *"[...] en las relaciones jurídicas de esta estirpe una de las partes (el deudor) debe desplegar una conducta (la prestación) en favor de la otra (el acreedor), se sigue que el comportamiento desplegado por el deudor en favor del acreedor solo puede ser tenido como satisfacción de la prestación (pago) en la medida en que se ajuste plenamente a lo convenido. No otra cosa se deduce de lo preceptuado en los artículos 1626, 1627 y 1649 del Código Civil al disponer, respectivamente, que "el pago efectivo es la prestación de lo que se debe", que "el pago se hará bajo todos los respectos en conformidad al tenor de la obligación; sin perjuicio de lo que en los casos especiales dispongan las leyes" y que "el deudor no puede obligar al acreedor a que reciba por partes lo que se le deba, salvo el caso de convención contraria, y sin perjuicio de lo que dispongan las leyes en casos especiales". En consecuencia, [...] se estará en presencia de un incumplimiento si la prestación no se satisface en la forma y en la oportunidad debida y si además esa insatisfacción es imputable al deudor. [...] entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, [...]"*.

¹⁷⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-731/2009: *"[...] la defensa del principio del interés general no sólo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa"*.

Tampoco la excesiva onerosidad configura una situación de imposibilidad obligatoria ni es causa extraña, sino dificultad referida a la desproporción prestacional que no excluye ni impide su cumplimiento, y a cuya reclamación tiene derecho el contratante cumplido, previa reserva o protesta, no mediante la imprevisión que, legalmente -aunque no debería ser- atañe a prestaciones de futuro cumplimiento, sino por los otros mecanismos derivados de su relación jurídica, *verbi gratia*, el reconocimiento, reembolso y devolución del pago en exceso, el cual se impone porque el pago es la solución de la prestación debida, la misma contraída *ab initio* (artículo 1625, Código Civil)¹⁷⁵.

Contrario sensu, el desequilibrio sobrevenido comporta la obligación de las partes de analizar sus causas, adoptar las medidas idóneas para su restablecimiento y renegociar el contrato, prestación inherente a su noción, estructura, disciplina, deberes de buena fe, lealtad, corrección y a la equidad¹⁷⁶, tal como lo ha señalado reiteradamente la jurisprudencia civil al acentuar las cargas de prevenir, evitar y corregir la ineficacia, particularmente, en casos de excesiva onerosidad, al expresar:

“Para la Sala, las partes deben evitar razonablemente, y en su caso, corregir la alteración sobrevenida del equilibrio económico contractual, por cuanto el negocio jurídico jamás es instrumento de injusticia e inequidad [...] está permeado por la buena fe, la equidad y la justicia contractual, sujeto a ineludibles dictados éticos, políticos y jurídicos imperantes en la época, lugar y medio de su celebración, ejecución y

¹⁷⁵ “Bien se advierte del *factum normativo*, que la revisión versa sobre “la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes”, esto es, no cumplida ni extinguida. [...] La revisión por imprevisión, es inadmisibile si la prestación, no obstante la excesiva onerosidad se cumplió, [...] Empero, por cuanto la imprevisión supone tanto el vigor del contrato como de la prestación de cumplimiento futuro, y no faculta a la parte afectada para incumplir la obligación, ni encarna elemento extraño o causa de imposibilidad obligatoria, [...] juzga la Sala que reclamada la revisión antes y hecho reserva expresa la parte afectada al instante de cumplir la prestación excesiva o desequilibrada, no debe soportarla y tiene derecho a obtener el reajuste, desde luego, no a través de la imprevisión, sino de las otras vías consagradas por el ordenamiento jurídico, pues lo contrario equivaldría a patrocinar una situación manifiestamente injusta, inequitativa y lesiva de la justicia contractual” (Subrayas ajenas al texto).

¹⁷⁶ Ley 80 de 1993, arts. 3, 4º, [3, 4, 8, 9], 5 [1,2], 14 [1.], 23, 26, 27, Ley 1150 de 2007, Corte Constitucional, Sentencias C-892 de 2001 y C-965 de 2003.

terminación, cumple una función práctica o económica social, procura la satisfacción de intereses, necesidades o designios en la vida de relación, y por supuesto, se celebra para su cumplimiento. Además, el contrato es por excelencia un mecanismo de cooperación o colaboración intersubjetiva.

La Corte memora y reitera que “el deber de probidad y la cláusula general de corrección se concretiza en un comportamiento razonablemente idóneo, para prevenir y corregir toda conducta incorrecta con una actuación prístina orientada a la realización de los fines inherentes a la contratación, regularidad y certidumbre del tráfico jurídico. Por ello, se impone un deber de diligencia a los contratantes y, en su caso, de advertencia, comunicación e información de condiciones cognoscibles, asumiendo cada parte en interés recíproco una carga respecto de la otra en lo concerniente a la plenitud del acto, la realización de su función y la evitación de causas de ineficacia o irrelevancia. Y, así ha de procederse, no sólo por la naturaleza impenitativa del contrato, sino porque, además la recíproca intención de las partes está presidida razonablemente por el propósito común de obtener sus resultados prácticos concretos y, por consiguiente, su realización, cumplimiento y eficacia, en tanto una suposición contraria, esto es, la celebración del acto para que no produzca efecto alguno por ineficacia, invalidez u otras causas, conduciría al absurdo de la negación misma del negocio jurídico y al inadmisibles patrocino de conductas contrarias al ordenamiento. Adviértase que las partes al celebrar un contrato razonablemente desean, quieren o procuran su eficacia y, por ende, el juez deberá preferir en toda circunstancia la consecuencia relativa a la preservación del mismo, porque, se itera, sería absurdo siquiera suponer la celebración de un contrato para que no produzca efecto alguno cuando las partes, por principio, lo hacen bajo la premisa cardinal de su cumplimiento y eficacia. Por lo mismo, a efectos de asegurar esta finalidad convergente, naturalmente perseguida con el pactum, las partes, contraen la carga correlativa de evitar causas de ineficacia del negocio jurídico y, el juzgador al interpretarlo y decidir las controversias, procurar dentro de los límites racionales compatibles con el ordenamiento jurídico, su utilidad y eficacia, según corresponde a la ratio legis de toda conocida ordenación normativa. La fisonomía de esta regla impone que la frustración del acto sólo es pertinente cuando no exista una alternativa diferente, según postula de tiempo atrás la

doctrina de la Corte, al relieves la significativa importancia del contrato, su celebración, efecto vinculante, cumplimiento y ejecución de buena fe, destacando la directriz hermenéutica consagrada en el artículo 1620 del Código Civil (cas. civ. sentencia de 28 de febrero de 2005, Exp. 7504) (cas. civ. sentencia de 7 de febrero de 2008, [SC-007-2008], exp. 2001-06915-01, iteradas en sentencias de 30 de agosto de 2011, exp. 11001-3103-012-1999-01957-01 y 5 de diciembre de 2011, exp. 25269-3103-002-2005-00199-01).

Lo contrario, equivaldría al patrocinio de ostensibles situaciones inequitativas, el quebranto de la certeza, seguridad, estabilidad y regularidad del tráfico jurídico, pues la relación cuyo equilibrio, equivalencia, paridad o simetría prestacional deviene rota, turbada o afectada por los cambios sobrevenidos, comporta una situación incompatible con la justicia contractual que la misma fuerza obligatoria del contrato impone a las partes preservar con las rectificaciones pertinentes.

En este contexto, delante del desequilibrio contractual, las partes tienen el deber de corregirlo y evitar su ineficacia. El deber de renegociar el contrato en tales casos surge de su propia estructura, noción y disciplina legal, pues el contrato alterado ya no es el mismo celebrado ab initio, cuyo cumplimiento ata a las partes. Este deber, además se ha destacado por la doctrina, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales, atrás citados, y encuentra previsión expresa en la contratación estatal” (Subrayas ajenas al texto).

Como quedó antes expuesto, conforme a las pruebas de este proceso y a su valoración conjunta, ANI observó a plenitud el deber de renegociar al analizar las solicitudes de la Convocante, y procurar las medidas pertinentes, a contrariedad de la conducta asumida por la Concesionaria que, ante el fracaso de la conciliación presentada ante la Procuraduría General de la Nación, decidió abstenerse de ejecutar el plan de inversiones según lo propuso *ex ante*, aceptó y acordó en el Otrosí No. 1 de 2015, además, recordó el procedimiento contractual de suspensión del contrato en presencia de eventos eximentes de responsabilidad, por lo cual, resulta inadmisibles trasladarle las consecuencias del desplazamiento de las inversiones por el transcurso del tiempo durante las negociaciones.

Con posterioridad al Otrosí No. 1 el 27 de febrero de 2015, la Concesionaria elevó solicitud de modificación del plan de inversiones.

En comunicación de 21 de enero de 2016, radicado 20164090048642 de 22 de enero de 2016, solicitó la modificación al Contrato de Concesión Portuaria No. 003 de 2010, entre otros aspectos, en “*el monto, ítems y el cronograma de inversiones a fin de disminuir el plan previsto en la Cláusula Séptima del contrato de concesión [...]*”, en la que expresa textualmente:

Por medio de la presente nos permitimos dar respuesta a los requerimientos de la referencia mediante los cuales nos solicitan información relacionada con el cumplimiento del plan de inversiones definido en el contrato de concesión portuaria No. 003 de 2010 celebrado entre la ANI y Zona Franca Argos S.A., en adelante denominado "El Contrato", así como presentar para su consideración una propuesta de modificación al Contrato...

A la fecha, Zona Franca Argos S.A. bajo el Contrato ha realizado las inversiones descritas en el informe de inversiones adjunto al presente documento.

Dichas inversiones son inferiores a las establecidas en el plan de inversiones del Contrato, pues como le ha sido expuesto en diferentes ocasiones, no existe para la Compañía una justificación económica para realizar en este momento las inversiones[...]

Por lo anterior, [...] nos permitimos solicitar se autorice una modificación al contrato de concesión portuaria [...] en los siguientes términos:

1. De acuerdo con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1 de 1991, solicitamos se modifique el monto, ítems y el cronograma de inversiones a fin de disminuir el plan previsto en la Cláusula Séptima del contrato de concesión [...]” (Se destaca).

En comunicación de 22 de febrero de 2016, radicada ese mismo día, 20164090140792, “*la modificación del cronograma y el plan de inversiones*”, y en la de 20 de mayo de 2016, radicado 20164090416652, precisó el alcance “*que incluye reducción de áreas, ajuste del plazo y cambios en el cronograma y en el plan de inversiones*”, luego progresivamente propone otras alternativas (transacción, conciliación, reducción, transferencia de un lote), todas atendidas por ANI, cuya viabilidad sujetó al mantenimiento del Valor Presente Neto -VPN- conforme a la metodología del contrato¹⁷⁷.

¹⁷⁷ En el expediente constan las comunicaciones dirigidas y recibidas por las partes, los memorandos internos de trámite, estudios y conceptos de ANI, las que también indican que el 26 de febrero de 2016, el concesionario con radicado 20163030048371, contesta requerimientos (radicado 2016-409- 023523-2 de 23 de marzo de 2016 y 2016-409-05895-2 de 1 de abril de 2016), ANI, emite el 26 de enero de 2016, los conceptos financiero (2016-303-001065-3) y jurídico (2016-303-001047-3), respuesta 2016-303-04837-1, diagnóstico técnico (radicado 2016-303-002969-3), financiero (radicado 2016-308-002957-3) y jurídico de 26 de febrero de 2016, (radicado 2016-705- 002974-3, también el 5 de febrero de 2016, 20167050019133), memorandos 20167050029743 de 26 de febrero de 2016, alcance al concepto de diagnóstico solicitud de modificación contractual; 20163080089153 de 19 de julio de 2016 , diagnóstico financiero; 2016-705-016583-3 de 21 diciembre 2016 concepto jurídico; solicitud de transacción, radicado 20174090000322 del 02 de enero de 2017; 2017-303-003337-3 del 27 febrero de 2017, concepto técnico; solicitud de modificación, 2017-308-003622-3 y radicado 20174090215822 de 01 de marzo de 2017; observaciones 17-409-021582-2 de 1 marzo de 2017; memorando 20173080036223 de 01 de marzo de 2017, solicitud concepto financiero; Acta del Consejo Directivo, No. 161 del 7 de marzo de 2017; Acta de Comité de Conciliación de 25 de abril 2017; solicitud de conciliación radicado 2017-701-012246-3 de 5 de septiembre de 2017, Acta 2017-701-012246-3 de 5 de septiembre de 2017, concepto de la solicitud radicado 2018- 303-003761-3; radicado 20174091332362 de 14 de diciembre de 2017, requerimiento tramite de conciliación extrajudicial; radicado 20184090024972 de 11 de enero de 2018, alcance; radicado 20184090034802 de 15 de enero de 2018, alcance; Certificación Comité Conciliación 26 de febrero de 2018, Acta del Comité de Conciliación, sesión del 23 de febrero de 2018, cuyo texto relaciona la solicitud de modificación al plan de inversiones con radicado 2017-409-092622-2 de 30 de agosto de 2017, y los documentos posteriores, de las partes, estudios y conceptos, decide aprobar la contrapuesta de conciliación del Comité, “*se deberá garantizar el Valor Presente Neto -VPN- a la fecha de la conciliación, esto es actualizando dicho valor*” descontado a la tasa del 14.60%; Acta de Audiencia de Conciliación de 26 de julio de 2018, Radicación No. 248-017, Procuraduría 50 Judicial II para Asuntos Administrativos, Radicación No. 8949 de 31 de agosto de 2017 que consigna las consideraciones del apoderado del concesionario - “*la exigencia del Comité de Conciliación para que se conserve el Valor Presente Neto-VPN de las inversiones a la luz del CONPES 2680 de 1996, implicaría una suma a invertir calculada a 2019, de más de USD 47 millones, bien sea en predio o en otra actividad portuaria. Esa decisión toma inviable su ejecución*”; radicado 20184090751952 de fecha 27 de julio de 2018, Contrapropuesta Comité de Conciliación de febrero de 2018, entre otros documentos que actúan en el expediente, y se constata con las declaraciones de los testigos que declaron, en particular, el Presidente de Argos, Juan Esteban Calle Restrepo, quien afirmó “*Si así es, tuvimos múltiples acercamientos muy cordiales, muy profesionales, Nosotros con toda franqueza expusimos nuestra problemática, nosotros somos una compañía que nos gusta cumplir nuestros compromisos, pero claramente señalábamos que teníamos unas condiciones de mercado y unos cambios estructurales en la industria que nos obligaban a tratar de proponer y de buscar conjuntamente salidas sensatas a ese impase, planteamos todo tipo y evaluamos conjuntamente todo tipo de alternativas en ese lapso de tiempo*”, así como el Gerente Legal,

En este contexto, nada puede reprocharse a ANI, en la medida en que la Concesionaria debía cumplir el plan de inversiones con las reservas pertinentes y podía reclamar con posterioridad, la prestación ejecutada en el exceso, de proceder¹⁷⁸.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a falta de un texto general, ahora consagrado en el artículo 831 del Código de Comercio¹⁷⁹, reconoció la admisibilidad en el ordenamiento jurídico del enriquecimiento sin causa (injusto)¹⁸⁰ al amparo del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, fundada en los principios generales del derecho, la protección de los derechos, buena fe, justicia y equidad, en doctrina jurisprudencial reiterada e inalterada¹⁸¹ que recapitula la sentencia de 19 de septiembre de 1936 (G.J. 1918, p.435), así:

Santiago Jaramillo, al sostener, "[...] esos son los dos extremos que marcan una serie de conversaciones permanentes y rutinarias con la ANI y que yo dividiría para mayor entendimiento en dos grandes grupos. Un primer grupo, que fueron las conversaciones tendientes a modificar el contrato en unas condiciones que ahorita me referiré y que se vio acompañado de la negociación de un contrato de transacción entre Zona Franca y ANI. Y un segundo grupo que termina cuando precisamente el consejo directivo de la entidad, después de varios meses de negociaciones en el 2017, niega la transacción y la modificación a la que me estoy refiriendo. Esa es la que yo llamo la etapa de la conciliación y esa conciliación va desde el 2017 hasta el 2018. En las dos etapas hubo muchísimas conversaciones a las que ahorita me referiré entre las partes para solucionar la controversia que se venía dando entre las partes". Acta No. 11, folios 138 a 143 del Cuaderno Principal No. 2. Este aparte aparece en la página 3 de la transcripción (como ayuda metodológica).

¹⁷⁸ El Gerente de Gestión Contractual de ANI, José Román Pacheco Gallego, declaró: "DR. GUTIÉRREZ: Igual, del conocimiento que usted tiene para el caso concreto, el procedimiento de modificación solicitado tendría algún efecto de suspender la ejecución del contrato. SR. PACHECO: No, de ninguna manera, la entidad en su momento en las reuniones siempre fue clara en decir que le trámite de la modificación no suspendía la ejecución de las obligaciones o su exigibilidad en sí, solamente, incluso en las reuniones se manifestaba que en el momento en que se suscribiese una modificación al contrato pues había un cambio en las reglas que la entidad podía exigirle en relación a su comportamiento". Acta No. 12, folios 152 a 156 del Cuaderno Principal No. 2. Corresponde este aparte a la página 52 de la transcripción (como ayuda metodológica).

¹⁷⁹ "Artículo 831: Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro."

¹⁸⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de de Negocios Generales, Sentencia de septiembre 6 de 1935, G. J. No. 1901 y 1902, Tomo XLII, p. 587-606. Sala de Casación Civil: Sentencia de 19 de septiembre de 1936, G. J. No. 1914 y 1915 Tomo XLIV, p. 431-436; Sentencia de 19 de noviembre de 1936, G. J. No. p. 471-476; Sala de Casación Civil; 14 de abril de 1937, G. J. No. 1923 Tomo XLV, p. 25-32; Sentencia de 12 de mayo de 1955. G.J. LXXX, 322.

¹⁸¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de diciembre de 2012, Rad. 54001-3103-006-1999-00280-01, que cita los fallos de Cas. de 1º de noviembre de 1918; Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII Sent. Cas. Civ. de 10 de diciembre de 1999, Rad. No. 5294; Sent. Cas. Civ. de 11 de enero de 2000, Rad. No. 5208; Sent. Cas. Civ. de 25 de octubre de 2000, Rad. No. 5744; Sent. Cas. Civ. de 28 de agosto de 2001, Rad. No. 6673; Cas. 27 de marzo de 1939, XLVIII; 9 de junio de 1971; 26 de marzo de 1958; (Sent. de Cas. de 21 de mayo de 2002, Rad. No. 7061; Sent. de Cas. de 7 de Junio de 2002, Rad. No. 7360; Sent. de Cas. de

“A falta de una fórmula dogmática en nuestro C. Civil, como existe, tanto en las legislaciones suiza y alemana como en las posteriores a éstas, relativa al enriquecimiento sin causa, fuente de obligaciones, la jurisprudencia (entre nosotros con apoyo en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 53 de 1887. Consúltense las sentencias de 19 de agosto y 19 de septiembre de 1935, las cuales contienen esta misma teoría), y la doctrina se han encargado de establecer su fundamento, delimitando el ámbito de su dominio y aplicación y precisando sus elementos constitutivos. El enriquecimiento sin causa estriba en el principio general de derecho de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro.

Los casos especiales de enriquecimiento sin causa contenidos en nuestro Código Civil, notoriamente en lo referente al pago de lo no debido, no destruyen la unidad de esta noción de derecho, fuente de obligaciones, por cuanto que las aludidas normas de aquella obra divergen sólo en las particularidades de esos casos.

Cinco son los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, sin cuya reunión no puede existir aquél, a saber:

1º Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no sólo en el sentido de adición de algo sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio.

2º Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento.

18 de julio de 2005, Rad. No. 1999-0335-01); Sent. Cas. Civ. de 7 de octubre de 2009, exp. 00164-01, para puntualizar: “En síntesis, la acertada jurisprudencia en materia de enriquecimiento sin causa exige, tanto en materia civil como mercantil, que un individuo obtenga una ventaja patrimonial; que como consecuencia de dicha ganancia exista un empobrecimiento de otro sujeto, esto es, que entre el enriquecimiento y la mengua haya correlación y correspondencia, es decir, que se observe un nexo de causalidad, que uno se deba a u origine en el otro; que el desplazamiento patrimonial se verifique sin causa jurídica que lo justifique, o lo que es igual, que la relación patrimonial no encuentre fundamento en la ley o en la autonomía privada; que el afectado no cuente con una acción diversa para remediar el desequilibrio; y, que, con el ejercicio de la acción no se pretenda soslayar una disposición legal imperativa”.

Es necesario aclarar que la ventaja del enriquecido puede derivar de la desventaja del empobrecido, o, a la inversa, la desventaja de éste derivar de la ventaja de aquél. Lo común es que el cambio de la situación patrimonial se opere mediante una prestación dicha por el empobrecido al enriquecido, pero el enriquecimiento es susceptible de verificarse también por intermedio de otro patrimonio.

El acontecimiento que produce el desplazamiento de un patrimonio a otro debe relacionar inmediatamente a los sujetos activo y pasivo de la pretensión de enriquecimiento, lo cual equivale a exigir que la circunstancia que origina la ganancia y la pérdida sea una y sea la misma.

3° Para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. En el enriquecimiento torticero, causa y título son sinónimos, por cuyo motivo la ausencia de causa o falta de justificación en el enriquecimiento, se toma en el sentido de que la circunstancia que produjo el desplazamiento de un patrimonio a otro no haya sido generada por un contrato o un cuasi-contrato, un delito o un cuasi-delito, como tampoco por una disposición expresa de la ley.

4° Para que sea legitimada en la causa la acción de in rem verso, se requiere que el demandante a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasi-contrato, un delito, un cuasi-delito, o de las que brotan de los derechos absolutos. Por lo tanto, carece igualmente de la acción de in rem verso el demandante que por su hecho o por su culpa perdió cualquiera de las otras vías de derecho. El debe sufrir las consecuencias de su imprudencia o negligencia.

5° La acción de in rem verso no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

*El objeto del enriquecimiento sin causa es el de reparar un daño pero no el de indemnizarlo*¹⁸²

La Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia de unificación de 19 de diciembre de 2012¹⁸³, tras exponer autorizada doctrina respecto del enriquecimiento sin causa y la *actio in rem verso*, la evolución jurisprudencial y criterios adoptados en el tiempo¹⁸⁴, unificó su doctrina, y en sentencia de 20 de febrero de 2017, señaló:

“La Corte Suprema de Justicia de Colombia (...) haciendo eco de lo elaborado en Francia, sostuvo que la acción in rem verso para su buen suceso requería de: a) Un enriquecimiento; b) Un empobrecimiento correlativo; c) La ausencia de causa que justificara ese desequilibrio patrimonial; y d) La carencia de otra acción que permitiera la restitución.

¹⁸² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de septiembre de 1936, G.J. 1918, página 435.

¹⁸³ Reiterada en Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. 68001-23-31-000-2006-01159 01 (39.253).

¹⁸⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 3 de julio de 1990, Rad. 5579; sentencia de 6 de septiembre de 1991, Rad. 6306, 6 de noviembre de 1991, Rad. 630610, 10 de septiembre de 1992, Rad. 6822, 11 de julio de 1996, Rad. 9409, 4 de julio de 1997. Rad. 10.030, 4 de julio de 1997. Rad. 10.030, , 29 de agosto de 2007, 29 de enero de 2009, Rad. 15662, sentencia del 9 de mayo de 2012, Rad. 17008. En Sentencia de 30 de marzo de 2006, anotó : “la subsidiariedad de la *actio in rem verso* existe ante la seguridad que ofrece un ordenamiento jurídico y un desarrollo social, en el cual se han aumentado los mecanismos que evitan y remedian posibles situaciones injustas”; en Sentencia de 7 de junio de 2007. Rad. 14669, señaló sus requisitos: “1o Que exista un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, la cual puede ser positiva o negativa. Esto es, no solo en el sentido de adición de algo, sino también en el de evitar el menoscabo de un patrimonio. 2o) Que haya un empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido haya costado algo al empobrecido, o sea que a expensas de éste se haya efectuado el enriquecimiento. (...) 3o) para que el empobrecimiento sufrido por el demandante, como consecuencia del enriquecimiento del demandado, sea injusto, se requiere que el desequilibrio entre los dos patrimonios se haya producido sin causa jurídica. (...) 4o) Para que sea legitimada en la causa la acción de *in rem verso*, se requiere que el demandante, a fin de recuperar el bien, carezca de cualquiera otra acción originada por un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o de las que brotan de los derechos absolutos. (...) 5o) La acción... no procede cuando con ella se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.”; en Sentencia 22 de julio de 2009, Rad. 85001-23-31-000-2003-00035-01(35026), reiteró: “para la configuración del “enriquecimiento sin causa”, resulta esencial no advertir una razón que justifique un traslado patrimonial, es decir, se debe percibir un enriquecimiento correlativo a un empobrecimiento, sin que dicha situación tenga un sustento fáctico o jurídico que permita considerarla ajustada a derecho. De lo hasta aquí explicado se advierten los elementos esenciales que configuran el enriquecimiento sin causa, los cuales hacen referencia a: i) un aumento patrimonial a favor de una persona; ii) una disminución patrimonial en contra de otra persona, la cual es inversamente proporcional al incremento patrimonial del primero; y iii) la ausencia de una causa que justifique las dos primeras situaciones”.

Pero al advertir que la ley en algunos casos autorizaba el enriquecimiento a expensas de otro, tal como acontece en el artículo 1525 del Código Civil que ordena que no se puede repetir lo dado o pagado por un objeto o causa ilícitos a sabiendas, señaló que la actio de in rem verso también tenía como requisito que con ella no se pretendiera eludir una disposición imperativa de la ley. Pero por supuesto que ésta última exigencia más que fundarse en los casos especiales, y entre ellos el del artículo 1525 del Código Civil, su verdadero apoyo se encuentra en el principio general de legalidad que irradia no sólo al derecho sustantivo sino también al derecho procesal y en virtud del cual el amparo adjetivo de una pretensión depende fundamentalmente, entre otras cosas, de que el derecho que se aduce sea tal porque el ordenamiento lo reconoce, porque se tiene y porque se ajusta en un todo a él, toda vez que nadie puede aspirar a más de lo que la ley le permite”¹⁸⁵.

Posteriormente en sentencia de 8 de junio de 2017, expresó:

“[...] el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones cuando reúne los siguientes requisitos:

(i) la existencia de un enriquecimiento, es decir, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial —ventaja positiva— o, que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno —ventaja negativa—;

(ii) el empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido; y

¹⁸⁵ En el mismo sentido, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencias de 31 de julio del 2014, Rad. 29892, de 5 de julio de 2018, Rad. 76001-23-31-000-2011-01141-01 y de 3 de diciembre de 2018, Expediente 37610.

(iii) la ausencia de causa jurídica que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto”¹⁸⁶

De acuerdo con la jurisprudencia reseñada, la prosperidad del enriquecimiento injusto está sujeta a requisitos simultáneos, el enriquecimiento patrimonial, el empobrecimiento correlativo y la ausencia de causa jurídica, o sea, el aumento o acrecimiento del patrimonio de una persona por cualquier forma, incluida una ventaja injustificada, la disminución, decrecimiento o merma correlativa del patrimonio de otra, y la carencia de justificación jurídica de uno y otro.

Para la Convocante, el enriquecimiento injusto se presenta al exigirse por el retardo en el cumplimiento de la obligación de ejecutar el plan de inversiones, el valor de las multas, la penal y la tasa de descuento. A su juicio, la tasa de descuento acordada en el párrafo primero de la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión de 2010, modificada con Otrosí No. 1 de 2015, es aplicable cuando solicita la modificación del plan de inversiones y no por el retardo en la ejecución del plan de inversiones constitutivo de una prestación de hacer consistente en confeccionar una obra que faculta al acreedor para exigir su cumplimiento *in natura* y la indemnización de perjuicios, de donde, habiéndose allanado ya a cumplirla, es inexigible la reclamación de perjuicios. Además, en su sentir, la inaplicación de la tasa de descuento no representa un perjuicio para la entidad estatal, sino el costo de oportunidad de una inversión que no es suya, y habiéndosele impuesto multas y penal pecuniaria por el desplazamiento del plan de inversiones que no le generó ningún perjuicio, acumular su valor comporta un enriquecimiento para la entidad concedente y un empobrecimiento correlativo para la Concesionaria.

En cuanto a esta particular cuestión, es pertinente dejar sentado que el cumplimiento del contrato y la obligación no pende del arbitrio de ningún contratante o deudor. La obligación

¹⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 8 de junio de 2017, Rad. 73001-23-31-000-2008-00076-01(41233).

de cumplir, dimana del acto dispositivo e ineludibles dictados de corrección y está sancionada en la ley¹⁸⁷. El incumplimiento del contrato o de la prestación, legitima al contratante o acreedor para exigir su cumplimiento con la indemnización de daños. El contratante cumplido o presto a cumplir, podrá optar por el cumplimiento o terminación del contrato con la reparación de los daños causados, en forma principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), accesoria y consecuencial (artículos 1546 y 1818 del Código Civil), o autónoma e independiente. Está legitimado para exigir el cumplimiento del contrato y de sus prestaciones. Puede exigir la prestación contraída (*in natura, perpetuatio obligationis*) o su valor económico (*subrogado pecuniario, aestimatio pecunia*), o equivalente monetario, de entrada (*circa ipsam rem*) con la indemnización de perjuicios surgida del quebranto (crédito o prestación adicional)¹⁸⁸.

¹⁸⁷ G. LONGO, *Diritto Romano, Diritto delle obbligazioni*, vol. I, Parte generale, Roma, 1954, pp. 3 a 9. "La obligación, así definida, presenta tres elementos: los sujetos, un objeto, una sanción: 1º. Los sujetos. La obligación crea una relación entre dos personas determinadas, de las cuales una, el acreedor (*creditor, reus credendi*), es el sujeto activo; la otra, el deudor (*debitor, reus debendi*) es el sujeto activo. 2º. Un objeto (*debitum*, es lo que se debe, la deuda) {...} El objeto de la obligación es, en definitiva, una prestación en el sentido económico de la palabra (una *res* en sentido amplio en latín), que en principio tiene un interés pecuniario. 3º. Una sanción judicial. La obligación (*obligatio*) es un vínculo jurídico (*vinculum iuris*), que constriñe al deudor a pagar la deuda. La deuda es un deber jurídico de prestación y la obligación hace nacer en provecho del acreedor un derecho de crédito, considerado como una cosa incorporal (*res incorporalis*). Este derecho de crédito, está sancionado por acciones, llamadas *in personam* en contraposición a las acciones *in rem*. Las acciones *in personam*, *in ius* contienen en su *intentio* las palabras características "dare o dare facere oportere", que expresan claramente el deber jurídico del deudor, la "necesidad" suya de cumplir una prestación".

¹⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de octubre de 2009, Expediente 05001-3103-009-2001-00263-01: "A dicho propósito, todo contrato como acuerdo dispositivo de dos o más partes o sujetos contractuales para constituir, modificar o extinguir relaciones jurídicas (arts. 864 C. de Co. y 1495 C.C.), es norma contractual (*pacta sunt servanda, lex privata, lex contractus*), genera obligaciones en todo cuanto le corresponde por definición (*essentialia negotia*), por ley, uso, costumbre o equidad (*naturalia negotia*) y en lo expresamente pactado (*accidentalialia negotia*) y desencadena desde su existencia, el efecto primario o inicial, propio de su naturaleza obligatoria proyectada en la atadura, vínculo u obligatoriedad de su cumplimiento íntegro, efectivo, oportuno, en la forma u oportunidad pactada y de buena fe; siendo de prestaciones correlativas para ambas partes, el incumplimiento o renuencia a cumplir de una y el cumplimiento o disposición a cumplir de la otra, confiere acción para su resolución o cumplimiento con indemnización de perjuicios, esto es, para exigir la obligación misma (prestación *in natura, verbi gratia*, en la compraventa, la cosa acordada) o su equivalente pecuniario (*subrogado, aestimatio pecunia*, por ejemplo, en la compraventa, el valor económico de la cosa) con la plena reparación de daños, comprensiva de las compensaciones relativas a las pérdidas o disminución efectiva de los bienes (*damnum emergens*) y a la privación de las ganancias o aumentos patrimoniales (*lucrum cessans*) esperados por el perjudicado, las cuales se habrían producido de no haber ocurrido el incumplimiento contractual (cas. civ. sentencias de 12 de agosto de 1988, CXCII, pág. 71; 14 de octubre de 1992 (CCXIX, pág. 722; 27 de marzo de 1996, CCXL), es decir, del daño emergente, o sea, "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento" (artículo 1614 del C.C.), esto es, la pérdida, destrucción o deterioro real y efectivo del patrimonio económico, la

La obligación tiene por objeto, una prestación (*praestare*), lo “*que debe el deudor*”¹⁸⁹, deber de conducta positivo (*facere*) o negativo (*non facere*) proyectado sobre cosas o servicio, sea de dar a título de tradición (*dare rem*) o simple entrega (dar), ora actividad realizable por un sujeto insustituible (hacer *intuitus personae, intuitus personae vel qualitatis personae*) o por cualquiera (hacer, *intuitus rei*), y podrá contener la transformación de materia con confección de obra y transferencia de dominio (hacer, *dare rem*), o concretarse en una simple actividad (medios) o en un resultado concreto (resultado simple) o calificado (garantía, seguridad).

La obligación de ejecutar el plan de inversiones estipulada en el Contrato de Concesión No. 003 de 8 de marzo de 2010, y su Otrosí No. 1 de 27 de febrero de 2015, contempla la construcción de obra civil (nueva plataforma, sistemas de cargue y descargue, colección de polvo, limpieza y mantenimiento, eléctricos y de control, amarre, etc.), adquisición de bienes, enseres e implementos), en los términos pactados, es prestación a plazo cierto, indivisible, al comprender la ejecución total, completa e íntegra de la obra, no de una o varias de sus partes, pues si bien puede hacerse por partes, no es uno de sus componentes sino la obra acabada, consumada o terminada en su totalidad -*domus construendo*- (art. 2053 y 2054 del C. C) y no pudiendo haberla sino hasta que esté totalmente construida, su forma y calidad no resulta de uno de sus segmentos sino de la conclusión íntegra o en conjunto de la

erogación o gasto necesario para su recuperación o restablecimiento y, el lucro cesante (artículo 1613 y siguientes del C.C.) “ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (artículo 1614 del C.C.), utilidad, beneficio o provecho cierto, actual o futuro, que se deja de percibir en razón del hecho ilícito y que sin éste se hubiera percibido, ya de manera principal (artículos 1610 y 1612 del Código Civil), ora accesoria y consecuencial (artículos 1546 y 1818 del Código Civil), bien autónoma e independiente, porque, el daño brota de la inobservancia del deber de conducta prestacional, su génesis es su lesión, o sea, el incumplimiento total o parcial, del cual dimana, originando una prestación indemnizatoria, consistente en reparar el quebranto inmotivado de los derechos e intereses conculcados que puede exigirse con la prestación originaria o subrogada o de manera independiente.”; Sentencias de 31 de mayo de 2010, Expediente 25269-3103-001-2005-05178-01; 30 de agosto de 2011, Expediente 11001-3103-012-1999-01957-01.

¹⁸⁹ A. COLIN et H. CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil français 10e éd. par L. Julliot De La Morandière, París, 1953, T. 2, p. 56, agregando: “*Para encontrarlo, decían nuestros antiguos autores, es preciso plantearse la pregunta: quid debetur?*”. POTHIER, R.J., Tratado de las obligaciones, trad. esp. SMS, Madrid, s.d. Nos. 129 ss.

obra¹⁹⁰. Y también su objeto, es el resultado (*opus*)¹⁹¹, construir la obra acabada y entregarla destinándola a la operación del puerto¹⁹².

En el proceso está plenamente acreditada la inejecución del plan de inversiones dentro de los términos pactados en el Otrosí No. 1 de 27 de febrero de 2015 y la Concesionaria así lo reconoce al considerar que no existía “una justificación económica” para realizarla en las entonces condiciones del mercado internacional del cemento y operación del puerto, por las cuales solicitó su revisión, modificación e inició un progresivo período de negociaciones con la entidad estatal. Dicha prestación no fue cumplida en la oportunidad debida. Después de

¹⁹⁰ DIGESTO, 31.8.1 y 45.8.2., DUMOLIN o MOLINEAUS., “*Extrictio Labyrinthi dividui et individu*” – desenredo del laberinto de lo divisible y lo indivisible- París, 1562), calificó de “*laberinto*” la indivisibilidad, postuló diez claves y tres hilos como los de Teseo (decem claves et tria velut Thesi fila), distinguiendo tres especies básicas: (i) *individuum contractu*, indivisibilidad natural o absoluta, cuando la cosa por su propia naturaleza no es susceptible de división o partición alguna, en forma que no puede estipularse pro parte, v.gr., la prestación de constituir servidumbre real, un derecho de paso o tránsito. (ii) *Individuum obligatione*. Todo lo que es *individuum contractu* lo es igualmente *individuum obligatione*. refieren a cosas que si bien por su naturaleza son susceptibles de división, por disposición de las partes y por la manera o modo como éstas la han considerado deben cumplirse en su integridad, v.gr., la obligación de construir una casa o un barco, no es indivisible *contractu*, pero de ordinario es indivisible *obligatione*, pues la manera como las partes la consideran funcional e integralmente la hacen no fraccionable, si bien se cumple en forma progresiva (iii) *Individuum solutione tantum*. La cosa debida es naturalmente divisible y puede deberse por partes, pero el pago debe ser completo, absoluto y no puede hacerse por partes. Atañe al cumplimiento de la prestación y no a la naturaleza de la obligación. La indivisibilidad in *solutione tantum*. o *individuum solutione tantum* o indivisibilidad de la paga; concierne al pago de la obligación y no a la obligación misma, cuando lo debido es divisible y susceptible de pago, debida por partes.

¹⁹¹ Corte Suprema de Justicia, 31 mayo 1938, XLVI, p. 572; 5 de marzo de 1940, XLIX, 177; Cas. Civ. 7 de junio de 1951, LXIX, 688; 27 de noviembre de 1952, LXXXIII, 728; 12 de julio de 1955, LXXX, 688; 30 de noviembre de 1955, XLIII, 178 ss; cas. 21 mayo 1968 CXXIV, p. 174. ; 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; 30 de enero de 2001, no publicada; y 5 de noviembre de 2013, no publicada.

¹⁹² Cuando la obligación es de resultado, en línea de principio, el deudor debe probar su obtención o la causa extraña que le haya impedido lograrlo, aun cuando en las prestaciones negativas que son de resultado no le es exigible la prueba de una negación indefinida, debiendo el acreedor probar el hecho positivo de su contravención R. DEMOGUE, *Traité des obligations*, édition Rousseau, Paris, 1922, t.5, n°1237, t.6, n°599 ; E. BETTI, *Teor. gen. delle obbligazioni*, 1, pp. 40 ss; PH. LE TOURNEAU., *op. cit.* note 34, n°23, p.7. l'obligation de “*procurer au créancier un résultat déterminé, coûte que coûte*” A. PLANCQUEEL., *Obligations de moyens, obligations de résultat* (Essai de classification des obligations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution), R.T.D.Civ.1972, p.334 ; A. TUNC., *La distinction des obligations de résultat et des obligations de diligence*, J.C.P. éd.G, 1945, n° 449.

Corte Suprema de Justicia, 31 mayo 1938, XLVI, p. 572; 5 de marzo de 1940, XLIX, 177; Cas. Civ. 7 de junio de 1951, LXIX, 688; 27 de noviembre de 1952, LXXXIII, 728; 12 de julio de 1955, LXXX, 688; 30 de noviembre de 1955, XLIII, 178 ss; cas. 21 mayo 1968 CXXIV, p. 174. ; 11 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; 30 de enero de 2001, no publicada; y 5 de noviembre de 2013, no publicada

las medidas sancionatorias, se allanó a su cumplimiento¹⁹³, y las consecuencias de su inejecución, no son susceptibles de trasladarse a la entidad estatal concedente.

La inseguridad jurídica de los distintos criterios a propósito de la posibilidad de estipular, aplicar e imponer unilateralmente multas, sanciones y penal pecuniaria en la contratación estatal¹⁹⁴, determinó la expedición de la Ley 1150 de 2007, cuyo artículo 17, reconoció la facultad de acordarlas e imponerlas con sujeción a un procedimiento ajustado al debido proceso, regulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, disposiciones aplicables a contratos celebrados antes de su expedición¹⁹⁵.

¹⁹³ Radicado 2018-409-101629-2, 2 de diciembre de 2018 testimonio de Gabriel Ignacio Ballestas Blanco: “DR. ARIZA: Para precisión, independientemente de que en el contrato en esa cláusula séptima se hayan valorado las inversiones en 15 millones de dólares, independientemente de que en el otro sí eso haya pasado a 32 millones de dólares y a 2020, 2021 la proyección sea por la aplicación del 14.6, 60 millones de dólares hay una decisión, si usted le puede indicar al Tribunal y si le consta, irrevocable de Argos en todo caso de ejecutar inversiones por 32, que sería la que entregaría en reversión al Estado Colombiano?SR. BALLESTAS: Sí, totalmente en eso no hay, que no haya lugar a dudas o equívocos, ya las obras iniciaron, ya los contratos están en marcha, ya el proyecto está en ejecución y ya el plazo de terminación está previsto y el monto a invertir está definido o sea todo está en marcha, el equipo técnico del cual yo no hago parte, pero está trabajando en el proceso digamos ya de finiquitar las últimas contrataciones para que se adelante todo el proceso”. y documentos aportados en su declaración, que obran en el Cuaderno de Pruebas No. 2, folios 87 y ss.

¹⁹⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Conceptos 25 de mayo de 2006, Radicación 1748, 14 de diciembre de 2000, rad. 1293 y 29 de noviembre de 2010; Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad. 19980281701 (28508) y 20010266401 (28680); Sentencia de agosto 3 de 2017, Rad. 15001233100019961604801 (37.934) “Durante la vigencia de la Ley 80 de 1993, antes de la expedición de la Ley 1150 de 2007, las partes podían pactar cláusulas referentes a multas y cláusula penal pecuniaria, no obstante, las entidades estatales no contaban con la facultad de hacerlas efectivas directamente, toda vez que la ley no lo consagró expresamente”.

¹⁹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 30 de julio de 2008, Rad. 21.574.: “[...] a partir de la expedición de la Ley 1150 de 2007, no solamente se consagró la posibilidad de imponer las multas pactadas, de manera unilateral, por parte de la entidad estatal contratante, sino que se le atribuyó a tal posibilidad, un efecto retrospectivo, permitiendo que su imposición pueda hacerse, aún en atención de contratos celebrados antes de la entrada en vigencia de esta ley, siempre que en ellos se hubiese consagrado “la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas”. El párrafo transitorio transcrito, debe entenderse, en el sentido, de que si se celebró un contrato antes de la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007, que contiene en su clausulado multas, y expresamente hace referencia a la posibilidad de que éstas puedan ser impuestas unilateralmente por parte de la entidad estatal contratante al contratista, éstas se podrán decretar de esta manera, por habilitación retrospectiva, siempre que su imposición se haga con posterioridad a la vigencia de esta ley. Vale la pena advertir, que de la aplicación en el tiempo de la disposición transcrita, se deriva una situación bien curiosa, con base en lo sostenido en los numerales anteriores; se trataría de una disposición legal que habilita a las administraciones públicas, para el ejercicio de prerrogativas públicas, a partir del reconocimiento de un contenido contractual que se convino formalmente antes de la entrada en vigencia de ésta, con base en unos efectos retrospectivos contenidos en ella”. En el mismo sentido, Subsección B, Sentencia de 27 noviembre de 2017, Rad.: 50001-23-31-000-2006-00639-01 (59.212).

Las partes estipularon en el Contrato de Concesión Portuaria No 003 de 8 de marzo de 2010, multas y sanciones en la Cláusula Décima Octava, y penal pecuniaria en la Cláusula Décima Novena.

La concedente, “*podrá imponer multas*” al concesionario por el incumplimiento de las obligaciones, en los casos y por sumas acordadas, sin exceder su monto total del 20 % del valor total del contrato durante su vigencia.

En efecto, la Cláusula Décima Octava del Contrato, es del siguiente tenor:

“CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. - MULTAS y SANCIONES. A EL CONCESIONARIO, se le podrán imponer las siguientes multas, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley y que corresponde aplicar o a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces: **18.1. EL INCO** podrá imponer multas a **EL CONCESIONARIO** por el incumplimiento de las obligaciones consagradas en el artículo 50 de la Ley 789 de 2002, modificada por la Ley 828 de 2003, a razón de 0.01% diario del valor total de lo contraprestación por cada día de mora en el pago de aportes de que tratan las normas antes mencionadas. **18.2.** Por no cumplir con el pago de la contraprestación de que trata la cláusula décima del presente contrato, en la cuantía y fecha indicada en el mismo, se causará una multa por incumplimiento equivalente al 1% del valor de la contraprestación anual. **18.3.** Por ejercer la actividad portuaria sin contar con los respectivos permisos, licencias o autorizaciones que se requieran de las demás autoridades competentes. tales como la autoridad en Transporte (Ministerio de Transporte), Ambiental, Aduanera (DIAN) Marítimo (DIMAR) Municipal y demás a que haya lugar, se causará una multa por incumplimiento, equivalente al 1% de los ingresos brutos percibidos durante el tiempo en que ejerció la mencionada actividad sin la debida autorización. **18.4.** Por no mantener en buen estado de operación y mantenimiento, las construcciones y demás inmuebles por destinación que se encuentren habitualmente instalados en la zona otorgada en concesión, se causará uno multa por incumplimiento, equivalente al 5% del avalúo de las construcciones,

inmuebles y equipos dejados de mantener. **18.5.** Por incumplimiento de las obligaciones de constitución y/o prórroga de las garantías exigidas en el presente contrato, el 0.5% del valor anual del contrato. **18.6.** Por no presentar cuando se requiera el inventario y avalúo, del presente contrato, se causará una multa por incumplimiento equivalente al 5% del avalúo comercial de la infraestructura portuaria ubicada en la zona de uso público. **18.7.** Por no cumplir con las obligaciones derivadas de la Licencia Ambiental o de los documentos de evaluación y manejo ambiental se causará una multa equivalente al 5% de los ingresos brutos percibidos durante el tiempo en que ejerció la actividad sin cumplir con dichas obligaciones, lo anterior sin perjuicio de las sanciones que le sean impuestas a **EL CONCESIONARIO**, por la autoridad ambiental competente. **18.8** Por no ejecutar el plan de inversión propuesto por el **CONCESIONARIO** dentro del cronograma y presupuesto aprobados, se podrán causar multas hasta por el 5% del valor de las inversiones que deje de ejecutar en el periodo pactado contractualmente. El incumplimiento reiterado podrá dar origen o la declaratoria de caducidad del contrato. **PARÁGRAFO PRIMERO:** El monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del contrato durante la vigencia del mismo. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** Para la imposición de las multas se seguirá el procedimiento establecido en el Código Contencioso Administrativo. **PARÁGRAFO TERCERO: EL CONCESIONARIO** autoriza a **EL INCO** para que una vez en firme el acto administrativo que sanciona, preste mérito ejecutivo. No obstante lo anterior **EL INCO** podrá optar por hacer efectiva la garantía única de cumplimiento.”

En el evento que la concedente declare la caducidad o el incumplimiento del contrato puede imponer la cláusula penal en la suma equivalente al 10 % del valor total de la contraprestación como sanción pecuniaria, que se considerará pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados. La Cláusula Décima Novena del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, dispone:

“CLÁUSULA DÉCIMA 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**".*

Las multas y sanciones pecuniarias tienen por finalidad conminar al cumplimiento de las obligaciones, su finalidad ha dicho el Consejo de Estado, *estricto sensu*, es conminatoria:

*"Las multas que la administración puede imponer a un contratista suyo tienen una finalidad específica: inducir el cumplimiento del contrato. Por eso la doctrina las incluye en las denominadas medidas coercitivas provisionales, por oposición a la medida coercitiva definitiva (caducidad o terminación) que sanciona no ya incumplimientos parciales o salvables, sino incumplimientos graves que muestran que ya el contrato no podrá cumplirse."*¹⁹⁶

*"Las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento."*¹⁹⁷

"[...] la multa, a diferencia de la cláusula penal con naturaleza resarcitoria o compensatoria, tiene una naturaleza conminatoria o de apremio dirigida a actuar en forma compulsiva sobre el contratista obligado para constreñirlo al cabal cumplimiento de sus deberes contractuales, por tanto, cuando ese carácter se le atribuye, la cláusula penal —multa— conlleva también una función sancionatoria. En cuanto a los efectos y

¹⁹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 1º de noviembre de 1992, Rad. 6631:

¹⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 2013. Rad. 2157

el alcance de las multas, ha de señalarse que debido a que se considera como un medio de apremio, puede, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, acumularse tanto al cumplimiento de la obligación principal, como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que las partes así lo hayan estipulado”¹⁹⁸.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, por su lado, explica la penal pecuniaria, así:

“El artículo 1592 de la citada legislación define a la cláusula penal como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”, a voces de la honorable Corte Suprema de Justicia, esta figura del derecho privado es “simplemente el avalúo anticipado hecho por las partes contratantes de perjuicios que pueden resultar por la inejecución de una obligación, su ejecución defectuosa o el retardo en el cumplimiento de la misma...”

*Adicionalmente, esa corporación ha señalado de manera reiterada que, **si existe pacto inequívoco al respecto**, la cláusula penal puede cumplir una función diferente a la de tasar anticipadamente los perjuicios que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales.*

[...] Así entonces, si media pacto expreso al respecto, el acreedor puede cobrar tanto la indemnización de perjuicios como la sanción pecuniaria pactada entre las partes por el incumplimiento del contrato, porque cada una de ellas obedece a causas jurídicas diferentes.

[...]

Finalmente, en cuanto a los efectos y el alcance de la cláusula penal, cabe resaltar que cuando esta se establece para fijar de manera anticipada el monto de los perjuicios que pueden llegar a ocasionarse por el incumplimiento de las obligaciones

¹⁹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 16 de agosto de 2012, Rad. 25000-23-26-000-2005-00021-01(3970).

surgidas del contrato, tal estipulación releva al acreedor de la carga de probar tanto la causación de los daños derivados del incumplimiento como su monto, por cuanto dicho valor estará determinado previamente por el que hayan estipulado las partes en dicha cláusula. Adicionalmente, según se desprende del contenido de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil y se ha reconocido tanto por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por la doctrina, la cláusula penal, por lo general y salvo que exista pacto inequívoco en contrario, debe ser entendida como una tasación anticipada de perjuicios, en consecuencia, si hay dudas respecto de su apreciación este será el sentido que deberá otorgársele. ¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto de 16 de agosto de 2012, Rad. 25000-23-26-000-2005-00021-01(3970), agrega: “*Ahora bien, generalmente, en lo que a los contratos estatales corresponde, la función de la cláusula penal se ha identificado como de carácter compensatorio, esto es, como una tasación anticipada de los perjuicios y no conminatoria del cumplimiento de las obligaciones del contrato, debido a que, a diferencia de la multa, como más adelante se verá, esta se hace exigible, en principio, “a raíz de la declaratoria de caducidad o del incumplimiento definitivo del contrato, es decir, que se impone por un incumplimiento severo y grave de las obligaciones”. Sobre el tema la corporación ha expresado: “De lo expuesto se infiere, que la cláusula penal consiste entonces en la estipulación contractual según la cual, el contratista se obliga a pagar a título de tasación anticipada de perjuicios, la cuantía que contractualmente se haya determinado, en dos eventos: a) En el evento de la declaratoria de caducidad del contrato; y b) En el evento en que se declare el incumplimiento del mismo, aún vencido el plazo de ejecución del contrato. Lo anterior, sin que sea necesario demostrar el perjuicio percibido por la administración, aunque deberá sí declararse el incumplimiento mediante acto administrativo motivado, una vez se haya garantizado el debido proceso al contratista” No empero lo dicho, reitera la Sala que, según se desprende de lo dispuesto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, la función que adopte la cláusula penal en cada caso dependerá de la voluntad que expresen las partes del contrato y, en caso de que esta no sea explícita o no sea clara, deberá ser entendida como de carácter compensatorio*”. En el mismo sentido, Sentencia de 20 de octubre de 2005, Rad.: 25000-23-26-000-1995-01670-01(14579), y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia de 23 de mayo de 1996, Exp. 4607, indicó: “*Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato*”; sentencia de 7 de octubre de 1976, G.J. t. CLII, N° 2393; Sentencia, 7 de junio de 2002. Expediente 7320 “1. La institución de la cláusula penal, denominada así en el artículo 1592 del Código Civil, cuyos verdaderos alcances están en esencia previstos en el artículo 1594 *ibidem*, en los asuntos civiles, y que igualmente se presentan en los de naturaleza mercantil en virtud de la aplicación armónica e integral que impone darse a esos preceptos de conformidad con lo

Por lo tanto, a diferencia de las multas, la penal como tasación anticipada de perjuicios, tiene por fin su reparación, sin exigir prueba de su ocurrencia (arts. 1592 y ss., C.C.; 867, C. de Co) y valor, a menos que el acreedor opte por la indemnización ordinaria, o pretenda la suplementaria, complementaria o adicional, en cuyo caso, debe acreditarlos²⁰⁰

Por esto, las multas y la cláusula penal obedecen a causas distintas²⁰¹ y pueden aplicarse simultáneamente.

dispuesto en los artículos 822 y 867 del Código de Comercio, se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no sólo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefiar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta; SC-3047 de 31 de julio de 2018, Rad. 25899-31-03-002-2013-00162-01: “en el ámbito de la dogmática jurídica civil, se denomina «cláusula penal» al acuerdo de las partes sobre la estimación de los perjuicios compensatorios o moratorios, para el evento del incumplimiento del convenio o la mora en la satisfacción de las obligaciones derivadas del mismo, recibiendo en el primer caso el nombre de «cláusula penal compensatoria» y en el segundo, «cláusula penal moratoria»; así mismo se reconoce, que cumple la función complementaria de apremiar al deudor para el adecuado cumplimiento de la prestación”

²⁰⁰Artículo 1592, Código Civil, “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”; artículo 1594, “antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido el deudor en mora, puede el acreedor pedir a un tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos, a su arbitrio” artículo 1599, “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”; artículo 1600, “no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”.

²⁰¹Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civ. Sentencia de 18 de diciembre de 2009, 2001-00389-01, precisa: “La jurisprudencia de esta Sala ha puesto de presente, igualmente, en múltiples decisiones, el temperamento polifacético de la cláusula penal. Así, en sentencia del 6 de marzo de 1961 señaló que ‘la finalidad de la cláusula penal es afirmar la ejecución de las obligaciones principalmente acordadas y por lo tanto ella no autoriza al deudor para exonerarse del cumplimiento de esas obligaciones’. En sentencia de 7 de octubre de 1976 precisó que ella sirve distintas finalidades ‘tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios’. Y en fallo de 7 de junio de 2002 añadió que: ‘se halla concebida, como pacto constitutivo de una obligación accesoria que, por serlo, accede a otras obligaciones derivadas de un contrato cuyo cumplimiento precisamente garantiza. Y puede cumplir distintas funciones, según sea el designio de las partes que convienen en ella, entre las que se destaca, no solo por su importancia sino por ser pertinente a este caso, la de servir de medio para prefiar la indemnización de perjuicios que deriva del incumplimiento de las obligaciones del contrato respecto del cual se pacta’. Débese asentar, por consiguiente, a modo de corolario, que en el ordenamiento patrio no puede reducirse la cláusula penal, simplemente, a un

Desde esta perspectiva, las multas, sanciones y la penal pecuniaria encuentran justificación patrimonial, finalidad, requisitos y efectos diferentes.

En la cláusula séptima del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, modificada mediante Otrosí No. 1 de 27 de febrero de 2015, las partes acordaron, una tasa de descuento para mantener el valor presente neto del plan de inversiones al contratar durante el tiempo de su ejecución, sujetas a precisos requisitos, así:

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

CLÁUSULA SÉPTIMA. PLAN DE INVERSIONES. El plan de inversiones que desarrollará EL CONCESIONARIO en la zona de uso público equivale a TREINTA Y UN MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES (USD\$31.776.271) en valores corrientes. EL CONCESIONARIO deberá presentar reportes mensuales de las inversiones realizadas, detallando para cada ítem el estado de avance físico y financiero.

INVERSIÓN	TOTAL	Ejecutado 2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016
Año contractual		Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7
NUEVA PLATAFORMA	17.579.819	-	-	-	-	-	10.129.567	7.450.252
RELIMPIA	-	-	-	-	-	-	-	-
SISTEMA DE CARGUE	11.515.469	-	-	-	-	-	10.490.937	1.024.532
SISTEMAS DE COLECCIÓN DE POLVO	188.709	-	-	-	-	-	188.709	-
SISTEMAS DE LIMPIEZA Y MANTENIMIENTO	297.454	-	-	-	-	-	297.454	-
SISTEMAS ELÉCTRICOS Y DE CONTROL	808.613	-	-	-	-	-	-	808.613
SISTEMA DE AMARRE	1.386.206	-	-	-	-	-	915.531	470.675
TOTAL DE INVERSIÓN	31.776.271	-	-	-	-	-	22.022.199	9.754.072
Tasa de Descuento	14,60%							
VPN NUEVO CRONOGRAMA	13.479.394							
VPN CONTRACTUAL	13.478.414							
DIFERENCIA EN VPN (A cuenta y Riesgo)	980							

pacto antelado de indemnización de perjuicios, habida cuenta que, además de entrañar la sanción de un acto antijurídico, ella cumple otras funciones tales como la de apremiar al deudor y, según algunos, la de caucionar el cumplimiento de lo convenido”.

PARÁGRAFO PRIMERO.- En el evento que EL CONCESIONARIO solicite modificación del plan de inversiones aprobado en la Resolución No. 1651 DE 2014, deberá garantizar que el Valor Presente –VP de las inversiones sean igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES). Para este efecto el V.P de las inversiones es de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE DÓLARES (US \$ 13.478.414). Así mismo, El CONCESIONARIO deberá conservar todos los soportes de inversión de cada una de las obras a ejecutar y presentar los reportes que sobre el particular le sean exigidos por el área contable de la Entidad.

PARÁGRAFO SEGUNDO: En razón a que el V.P del cronograma de inversiones corresponde a TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL TRECIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES (USD 13.479.394), que supera el V.P. contractual en NOVECIENTOS OCHENTA DÓLARES (USD 980), este valor será asumido a su cuenta y riesgo del CONCESIONARIO.

[...]

PARÁGRAFO CUARTO: VALOR DE LA INTERVENTORIA. (...) EL CONCESIONARIO deberá mantener el valor presente (VPN) de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NUEVE DÓLARES (USD\$ 155.509) por los aportes realizados para el pago de la interventora descontados a la tasa del 14.60%. (...)"

En la Cláusula Sexta del Otrosí reiteraron la vigencia de las demás cláusulas del contrato que no fueron modificadas, en los mismos términos y condiciones. En la Cláusula Octava del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, ya citada por el Tribunal, convinieron:

“CLÁUSULA OCTAVA.- VALOR DEL CONTRATO Y DE LAS CONTRAPRESTACIONES: El valor del contrato de concesión portuaria será el valor presente de las contraprestaciones por concepto de zona de uso público e infraestructura tasadas al CONCESIONARIO. Para todos los efectos, el valor del contrato de concesión será la suma de (...) US\$3.851.957,00.
CONTRAPRESTACIÓN POR EL USO Y GOCE TEMPORAL Y EXCLUSIVO DE LAS

PLAYAS, TERRENOS DE BAJAMAR Y ZONAS ACCESORIAS DE USO PUBLICO. (...)
PARÁGRAFO PRIMERO: *Si se modifica la forma de pago establecida, debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14.60 % anual (WACC EN CORRIENTES) (...)*
CONTRAPRESTACIÓN POR INFRAESTRUCTURA. (...) **PARÁGRAFO PRIMERO:** *Si se modifica la forma de pago establecida, debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14.60 % anual (WACC EN CORRIENTES)”.*

En el análisis sobre el marco normativo se concluyó que las estipulaciones contractuales se originan en las reglas bajo las cuales se contrató la concesión portuaria, consagradas en el documento CONPES-DNP-2680 de 11 de noviembre de 1993, “*Plan de Expansión Portuaria 1993-1995*”, el Decreto 2688 de 30 de diciembre de 1993 que lo adoptó, la Resolución 596 de 15 de junio de 1994, y su modificatoria 873 de 18 de agosto de 1994 de la Superintendencia de Puertos, sobre la metodología de cálculo del valor de la contraprestación según establecía el Decreto 2688 de 1993, vigentes entonces, que consideran el valor de las inversiones y el término de la duración del contrato. La tasa de descuento se contiene en el modelo financiero, elaborado y presentado por la Concesionaria al momento del contrato, que consigna dicha tasa de descuento del 14,60 %, en el Otrosí No. 1 de 2015, la Resolución 185 de 25 de marzo de 2009, INCO, que fijó los términos del otorgamiento de la concesión, en la Resolución por la cual se otorgó la concesión No. 073 de 17 de febrero de 2010, modificada por Resolución No. 99 de 5 de marzo de 2010 (Artículo Décimo, Décimo Tercero y Décimo Quinto), la Resolución 461 de 3 de noviembre de 2010 que aprueba unas inversiones adicionales, y la Resolución No. 1651 de 2 de diciembre de 2014 (artículo segundo), por la cual se aprobó la modificación y ajuste al cronograma del plan de inversiones, con el que se suscribió el Otrosí No. 1 de 27 de febrero de 2015.

La tasa de descuento estipulada en el 14,60 % es la denominada WACC (*Weighted Average Cost of Capital* o Costo Medio Ponderado de Capital). El experto Julio Villarreal en su dictamen, desde el punto de vista conceptual puntualiza que, “*una tasa de descuento se compone de reconocer el Valor del Dinero en el Tiempo y una prima por riesgo. El concepto de Valor del Dinero en el Tiempo, también conocido en la literatura como el VDT por sus*

siglas, hace referencia a la pérdida de valor del dinero en el tiempo, lo cual quiere decir que a medida que pasa el tiempo una unidad monetaria pierde valor por la existencia de elementos como la inflación, entre otros”. Estima, el perito que la finalidad de su inclusión en el contrato, “es introducir dentro del contrato de concesión un mecanismo de desincentivo ante la no realización de las inversiones programadas. Es decir, esta tasa de actualización se puede entender financieramente hablando como una penalidad que se impone al Concesionario si este no realiza las inversiones que están estipuladas contractualmente.”²⁰²

En el ámbito económico, otras opiniones asignan a la tasa de descuento una función distinta como método de valoración de empresas e inversiones definitorio del costo promedio ponderado de oportunidad en función de los factores relevantes. Se ha señalado que cuando se trata de la toma de decisiones sobre una inversión, los expertos han destacado la necesidad de estudiar su potencial rentabilidad esperada, acudiendo a distintas métricas y metodologías, las más usuales, Valor Actual Neto (VAN) o Valor Presente Neto (VPN) y la Tasa Interna de Retorno (TIR). Con el Valor Presente Neto (VPN) se actualizan los flujos de

²⁰² Agrega: “Conceptualmente hablando, la penalidad mencionada es impuesta entonces a través de una tasa de interés expresada en términos nominales, es decir, una tasa de interés que reconoce el Valor del Dinero en el Tiempo, también conocido en la literatura como el VDT por sus siglas. Con lo anterior, el Contrato de Concesión implícitamente establece que si el Concesionario, no realiza las inversiones en las ventanas temporales establecidas, éste tendrá que 1) Reconocer el Valor del Dinero en el Tiempo de estas inversiones, lo cual puede ser entendido como reconocimiento de la variación en los niveles de precios de los activos fijos a adquirir e instalar en el puerto y 2) Asumir una prima por riesgo que para efectos prácticos lo que ocasiona es un incremento en el valor total de las inversiones que obedece, ya no a la variación en los precios de los activos originalmente destinados al puerto, sino a la adquisición de nuevos o mejorados activos debido al incumplimiento en el cronograma de inversiones. En este orden de ideas, la tasa de actualización no solamente busca reconocer la variación en los precios del activo (reconocimiento del Valor del Dinero en el Tiempo), sino que también reconoce una prima por riesgo. Con todo lo anterior, se penaliza al Concesionario por el hecho de la no ejecución de las inversiones y/o incumplimiento de la misma, es decir, por retardo en la ejecución”. “El Perito manifiesta que en el caso que no se lleven a cabo las inversiones en un determinado tiempo y estas se hagan un tiempo más adelante, conceptualmente se debería reconocer la existencia del valor del dinero en el tiempo de los recursos involucrados respecto a las inversiones que deben llevar a cabo”. Ahora bien, el costo de oportunidad o WACC en equilibrio financiero, es la rentabilidad justa para un negocio, pero esa rentabilidad no necesariamente es la justa para actualizar una inversión. De este modo, para capturar el valor del dinero en el tiempo de un peso no invertido en un periodo “x”, e invertirlo en un periodo “x+1” en el tiempo, es decir, un tiempo después, lo más razonable es reconocer un incremento acorde al Índice del Precio al Consumidor (IPC), reconociendo la variación en los precios de activos propios de inversión”; (...) “el Perito observa que la actualización de las inversiones a la tasa del 14,6% anual en términos nominales, teniendo en cuenta que las expectativas de los ingresos difieren de la realidad, resulta en la destrucción de valor para la compañía, lo cual hace que se tornen más onerosa la ejecución de las inversiones pactadas con dicha tasa de actualización.”

caja proyectados a futuro descontados a una tasa determinada para traerlos a valor presente y determinar la viabilidad de un proyecto en términos de sus resultados. La tasa de descuento WAAC calcula el Valor Presente Neto (VPN), mediante una fórmula financiera considerando la inversión, los flujos de caja proyectados, el tiempo, la tasa y medir el resultado esperado, positivo o negativo.²⁰³

Se trata de métodos de valoración financiera para determinar el valor de una empresa o viabilidad de una inversión o proyecto de inversión. Cuando se aplica el Valor Presente Neto (VPN), método distinto a la Tasa interna de Retorno (TIR) se actualizan los flujos de caja libre proyectados, y en función de los factores incidentes (proyecto, inversión, costo de la inversión, fuentes de recursos, capital propio, servicio de deuda, condiciones económicas, financieras, de mercado y operación, flujos de caja libre, riesgos), y la aplicación de la Tasa

²⁰³ PLAZA GUTIÉRREZ, Sebastián, 2016, El WACC (weighted average cost of capital) como tasa de descuento para evaluación de proyectos de inversión. Retrieved from https://ciencia.lasalle.edu.co/contaduria_publica/628 "Uno de los métodos más comunes para la evaluación de decisiones de inversión de capital es el método de los flujos de cajas descontados o DCF (Discounted Cash Flow) por sus siglas en inglés. Un estudio realizado al respecto por (Graham & Campbell, 2001), donde se esperaba determinar que técnicas de Presupuestación de Capital tenían mayor acogida en los Estados Unidos mostró que el 74,9% de los Directores Financieros de las compañías encuestadas siempre usaban el VPN (Valor Presente Neto) cuando tomaban decisiones de inversión. La Presupuestación de Capital usualmente se enfoca en el concepto del Valor Presente, dado que este concepto le permite comparar los flujo de caja esperados en términos de valores en términos corrientes o en pesos de hoy. Esencialmente, cuando se aplica el concepto del VPN en la evaluación de decisiones de inversión, la tasa de descuento utilizada para calcular el valor presente de los flujos de caja asociados con la decisión de inversión a evaluar es el WACC, donde este puede ser ajustado en función del riesgo asociado a la decisión a tomar. Para tomar las decisiones que representen un mejor resultado, la estimación del WACC apropiado constituye un elemento esencial en esta operación. Como se muestra en la Ecuación 1, el WACC es un elemento fundamental en la estimación de los valores presentes descontados utilizados en la evaluación de las decisiones financieras El Costo de Capital o WACC es la tasa de retorno que los proveedores de los recursos financieros utilizados por la compañía requieren por la contribución de recursos hechos a la misma (Courtois, Lai, & Peterson, 2008). Como se mencionó anteriormente, las más comunes fuentes de capital son deuda, acciones comunes y acciones preferentes. Si el WACC es estimado utilizando las tasas de rendimiento esperadas y las ponderaciones o pesos objetivo correctos, este se convierte en la tasa de rendimiento futuro que los inversionistas exigen por renunciar a otra alternativa de inversión tomando como base un determinado nivel de riesgo. El Costo de Capital o WACC es la tasa de retorno que los proveedores de los recursos financieros utilizados por la compañía requieren por la contribución de recursos hechos a la misma (Courtois, Lai, & Peterson, 2008). Como se mencionó anteriormente, las más comunes fuentes de capital son deuda, acciones comunes y acciones preferentes. Si el WACC es estimado utilizando las tasas de rendimiento esperadas y las ponderaciones o pesos objetivo correctos, este se convierte en la tasa de rendimiento futuro que los inversionistas exigen por renunciar a otra alternativa de inversión".

de Descuento Mínima (WACC), se calcula la rentabilidad esperada y la viabilidad de del proyecto²⁰⁴.

A juicio del Tribunal, la finalidad de la tasa de descuento pactada en el contrato no es conminatoria, sancionatoria, punitiva ni resarcitoria de daños o perjuicios. Es también distinta en su naturaleza, presupuestos, efectos y consecuencias a las multas, sanciones, penal y a la indemnización de perjuicios. Su causa, y justificación jurídica, por consiguiente, son diferentes.

En su virtud se procura mantener constante en el tiempo de ejecución del plan de inversiones el valor presente neto (VPN) definido al momento del contrato, lo cual, ciertamente, desde el punto estrictamente jurídico, no obedece al incumplimiento de una obligación, al retardo ni la mora, ni cumple la función de conminar al cumplimiento o reparar un daño o perjuicio, sino que, dentro del marco del contrato, atañe a la conservación del valor inicial de las inversiones.

Bajo esta óptica, las multas y sanciones con función conminatoria, y la penal, cuya finalidad es resarcitoria (sin exigirse probanza del perjuicio, ni de su valor, al constituir tasación anticipada), claramente son distintas a la tasa de descuento, y esta también lo es, porque la función de esta es mantener constante el valor presente de las inversiones durante el tiempo de ejecución del plan acordado.

En efecto, la tasa de descuento pactada procede en los términos y parámetros que las partes con absoluta claridad y precisión, acordaron en el párrafo primero de la Cláusula Primera del Otrosí No. 1 de 2015, que modificó la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, esto es, i) “[e]n el evento que *EL CONCESIONARIO solicite*

²⁰⁴ ANDERSON, R., BYERS, S. & GROTH, J. ‘*The cost of capital for projects: conceptual and practical issues*’, Management Decision, Volume 38, Issue 6, pp.384-393 [Online]. DOI: 1108/00251740010344568 Grover, Jeff. Weighted Average Cost of Capital (WACC) (Corporate Finance), Kindle, 2018; Mellen, Chris, M Evans Frank C., Valuation for M&A: Building and Measuring Private Company Value, John Wiley & Sons, Inc. Hoboken, New Jersey, 2012.

modificación del plan de inversiones aprobado en la Resolución No. 1651 DE 2014, deberá garantizar que el Valor Presente –VP de las inversiones sean igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 14,60% anual (WACC EN CORRIENTES). Para este efecto el V.P de las inversiones es de TRECE MILLONES CUATROCIENTOS SENTENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS CATORCE DÓLARES (US \$ 13.478.414)”, ii) de su párrafo cuarto, según el cual, “[e]L CONCESIONARIO deberá mantener el valor presente (VPN) de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS NUEVE DÓLARES (USD\$ 155.509) por los aportes realizados para el pago de la interventora descontados a la tasa del 14.60%. (...)”, y iii) de la Cláusula Cuarta, Parágrafo Primero, del Contrato de Concesión No. 003 de 2010, o sea, “[si] se modifica la forma de pago establecida, debe aplicarse un costo financiero equivalente al 14.60 % anual (WACC EN CORRIENTES) (...)” estipulaciones claras y precisas respecto de sus supuestos, procedencia y efectos que, en nada atañen a una multa, sanción o pena, y a la que las partes deben estar en su relación contractual.

Debe anotarse que el caso a que refiere el laudo de 28 de febrero de 2019 en el asunto de Concesión Vial de los Llanos S.A.S vs. ANI, se denegó el “costo de oportunidad” de los recursos asociados a las inversiones que debía realizar la Concesionaria, al no constituir un perjuicio cierto, directo y causal de una inversión que no era de la concedente, sino del concesionario, quedando clara su naturaleza, pero a diferencia, en la cuestión controvertida, no existía una estipulación contractual sobre la aplicación de la tasa de descuento, y lo pretendido, era el costo de oportunidad del dinero a invertir.

Por otro lado, la jurisprudencia ha desarrollado una sólida línea jurisprudencial respecto de las cláusulas de ajuste de precios en función de las condiciones económicas, financieras y de mercado incidentes en el precio o valor de la prestación²⁰⁵ y la posibilidad de su revisión

²⁰⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia de 14 de marzo de 2013, Rad.: 760012331000-1996-03577-01 Exp.: 20.524: “Las partes de un contrato no pueden desconocer que los precios de los bienes materiales e inmateriales, la moneda y el costo financiero varían constantemente en una economía y, con mayor ahínco en aquellas de los países en vías de desarrollo[...]. a) La variación de precios como supuesto de ruptura de la ecuación económica del

cuando “fracasan los supuestos o hipótesis para su ejecución” (arts. 4º, 5º, 25 [num. 14] de la Ley 80 de 1983)²⁰⁶.

Empero, el Tribunal en otros apartes concluyó que, en este caso, no se dan los requisitos de la imprevisión, y que la tasa de descuento no está estipulada en función del costo o valor real de las obras, elementos, enseres e implementos sobre los cuales se proyecta la construcción de las obras contenidas en el plan de inversiones, sino de la metodología y factores para la determinación de la contraprestación y la duración del contrato, a cuya finalización han de revertir al Estado.

No obstante, la tasa de descuento del 14.60 % anual en WACC corrientes estipulada en el contrato, por concernir al mantenimiento del valor presente neto (VPN) al tiempo de su celebración del plan de inversiones proyectado en la construcción de una obra, cuyo precio resulta de las condiciones de mercado, podría generar un impacto significativo en la

contrato. [...] uno de los supuestos que da lugar a la ruptura del equilibrio económico-financiero de los contratos es la variación de precios, bien sea por incremento o por disminución, y esa variación puede tener origen en distintos fenómenos como: i) la fluctuación de la relación entre oferta y demanda de bienes y servicios, [...] ii) la inflación [...] iii) la devaluación, [...] y iv) la revaluación, [...] Hoy día, el artículo 4º de la Ley 80 de 1993 contempla como derecho de las entidades estatales solicitar la actualización o la revisión de los precios cuando se produzcan fenómenos que alteren, en su contra, el equilibrio económico o financiero del contrato (num. 3). Correlativamente, consagra como deber de dichas entidades adoptar las medidas necesarias para mantener durante el desarrollo y ejecución del contrato las condiciones técnicas, económicas y financieras existentes al momento de proponer o de contratar, según el caso, para lo cual ordena utilizar “...los mecanismos de ajuste y revisión de precios...” (num. 8) y acudir a los procedimientos de revisión y corrección, si fracasan los supuestos o hipótesis para la ejecución (ibid)”.

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 29 de febrero de 2012, Rad. 66001-23-31-000-1993-03387-01(16371): “La figura del reajuste de precios es una medida preventiva frente a una situación previsible, que puede afectar el resultado económico final del contrato en contra de cualquiera de las partes, y que se soluciona mediante la inclusión en el mismo de la respectiva cláusula de reajuste, normalmente mediante una fórmula matemática”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 27 de junio de 2013, Rad. 47001-03-000-1993-3570-01, Expediente: 17.431 “i) El ajuste de precios corresponde a una cláusula contractual que se puede establecer con el fin de reconocer el cambio de valor que presentan los bienes y el dinero con el paso del tiempo. El derecho a pactar estos reajustes de precio ha existido [...] o como desarrollo de los mecanismos de ajuste y revisión de precios previstos en la Ley 80 de 1993, [...] La cláusula de ajuste de precios se justifica como mecanismo para asegurar la equidad real de las prestaciones entre las partes, toda vez [...] que esos costos presupuestados sufrirán variaciones respecto de la fecha de ejecución y pago de la obra contratada, de manera que la ley permite que las partes acuerden la fórmula de ajuste, cuya aplicación no implica una modificación al contrato estatal sino que se realiza en desarrollo del mismo”.

economía del concesionario; sin embargo, como quedó precisado, por el origen de la concesión y la carga que le asistía al concesionario en los deberes de previsibilidad y planeación, los riesgos asumidos, la metodología de cálculo de la contraprestación, la duración, y la falta de ejecución del plan de inversiones en la oportunidad debida, jurídicamente está obligado a soportar los efectos de la tasa de descuento, toda vez que por los hechos que se invocan y por las circunstancias aducidas por la Demandante se concluyó que, en este caso, no es procedente el reconocimiento de los efectos de la Teoría de la Imprevisión, ni tampoco la orden de revisión del contrato.

En conclusión, está demostrado en el proceso que la falta de ejecución del Plan de Inversiones en la oportunidad convenida tiene origen en el propio incumplimiento y, por consiguiente, las causas concretas por las cuales solicita en este proceso la revisión, esto es, la excesiva onerosidad sobrevenida por imprevisión y el enriquecimiento injusto, no se estructuran en el caso sometido a decisión.

Con todo, es de justicia señalar, que de llegar a configurarse un desequilibrio económico por otras circunstancias que no fueron objeto de este proceso, en consideración a las finalidades de la contratación estatal, al interés general y al principio de conservación del contrato, las partes están en condiciones de revisar la situación y de adoptar las medidas tendientes a la preservación y a posibilitar el cumplimiento del contrato bajo la indiscutible premisa de la ejecución total de la construcción de las obras estipuladas en el Plan de Inversiones²⁰⁷.

²⁰⁷ El análisis de los medios probatorios acredita que el valor presente neto de las inversiones registrado en el modelo financiero que originó la contraprestación señalado en USD\$ 13 478 414 como consecuencia de la aplicación de la tasa de descuento y de la modificación acordada en el Otrosí No. 1 de 27 de abril de 2015 se incrementó a la suma de USD\$ 31 776 271, y que según el experto Julio Villarreal Navarro, de aplicarse nuevamente la tasa de descuento, dicho valor se incrementaría a USD\$ 52 660 498. Dice: “El plan de inversión pactado preveía una inversión total, en suma simple, de USD\$15.755.810, equivalente a USD\$13.478.414 en valor presente (con una tasa de descuento anual del 14,60%). El 8 de marzo del 2010, fecha de suscripción del contrato, la tasa representativa del mercado (TRM) era de \$ 1.902,31. Es decir, la inversión equivalía en pesos colombianos a COP\$25.640.121.735,34. (...) Ahora bien, para conocer el valor de las inversiones a marzo del 2019 (es decir, si estas se ejecutan en el año contractual comprendido entre marzo de 2019 a marzo de 2020), se hace uso de la siguiente fórmula para mantener el valor presente de USD\$13.478.414 con una tasa de descuento de 14,60%.

$$\text{Inversión}_{2019}: \$13.478.414 (1+14,60\%)^{(10)} = \$52.660.498,78$$

En suma, las sanciones, multas y la penal pecuniaria son distintas por su naturaleza jurídica, presupuestos y efectos, de la tasa de descuento, todas tienen justificación o causa jurídica, son exigibles por causas diferentes, no son excluyentes y pueden exigirse contractualmente, en los casos, supuestos y términos estipulados, lo que excluye el enriquecimiento injusto, por lo cual, no puede accederse a la pretensión que se niega.

3.3. LAS PRETENSIONES DE REVISIÓN O TERMINACIÓN

La demanda reformada solicita:

“2. PRETENSIONES DE REVISIÓN

2.1. Que, para preservar el Contrato de Concesión 003 de 2010 y su Otrosí no. 1 del 27 de febrero de 2015 en condiciones de equilibrio financiero, se ordene su revisión y que para tales efectos se adopten las medidas que resulten necesarias para hacer viable el proyecto, y, dentro de estas, una o varias de las medidas que se establezcan el dictamen pericial que se practique para ese fin o, en subsidio de ellas, las que el Tribunal, con fundamento en dicho dictamen, estime idóneas para ese propósito.

Subsidiaria a la pretensión 2.1: Que en caso de que no sea procedente la revisión del Contrato de Concesión 003 de 2010 se declare su terminación y se ordene su liquidación, según lo que resulte probado en el proceso.”

Estas pretensiones se orientan a la revisión o terminación y liquidación del contrato para preservar el equilibrio financiero del contrato, las que, en virtud de su naturaleza consecencial a las declarativas principales, que no fueron acogidas, no prosperan.

Si la inversión se ejecutara por completo en este periodo ascendería a USD\$52.660.498,78. El 18 de marzo del 2019, fecha de presentación de la demanda reformada, la TRM fue de \$3123.28. Es decir, la inversión equivaldría en pesos colombianos a COP\$164.473.482.625,111.” Página 28 del Dictamen Pericial, Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 533.

3.4. LA PRETENSIÓN DE CONDENA

La demanda reformada fórmula la siguiente:

3. PRETENSIONES DE CONDENA

3.1. *Que se condene a la ANI a pagar todas las costas del proceso, las expensas y las agencias en derecho”.*

El Tribunal se pronuncia sobre costas en otro aparte de este laudo.

4. LAS EXCEPCIONES INTERPUESTAS

El vocablo “*excepción*”, en armonía con la jurisprudencia “*no es sinónimo de cualquier defensa opuesta a la pretensión del actor, habida cuenta que como lo enseñaron desde comienzos de siglo ilustres expositores encabezados por Chiovenda, se defiende el demandado que se circunscribe a negar el fundamento de la pretensión, al paso que el demandado excepciona cuando aduce hechos nuevos que impiden la protección jurídica del interés del demandante o que tienden a justificar la extinción de las consecuencias jurídicas en las que aquella pretensión vino cimentada. En otras palabras, la proposición de una excepción desplaza de suyo los términos fácticos de la controversia, amplía la materia litigiosa en tanto introduce en la discusión hechos diversos de aquéllos afirmados por el actor, alterando por ende el ámbito de la decisión y sus posibles límites...*” (Cas. de 30 de enero de 1992, reiterada en sentencia de 31 de mayo de 2006, Rad. n.º 1997-00004-01, subrayas ajenas al texto)²⁰⁸.

²⁰⁸ De donde, “*la excepción de mérito no es la mera negación de las súplicas de la demanda o de los hechos que las sustentan, aunque vislumbren alguna resistencia u oposición del demandado, pues, por el contrario, ella siempre envuelve un asunto novedoso que éste incorpora a la controversia, tendiente a enervar los pedimentos del accionante*” (CSJ, SC del 15 de enero de 2010, Rad. n.º 1998-00181-01), sino que supone “*(...) la alegación de hechos nuevos, diversos a los postulados en la demanda, excluyentes de los efectos jurídicos de éstos, ya porque hayan impedido el nacimiento de tales efectos (hechos impeditivos), ya porque no obstante haber ellos nacido los nuevos hechos invocados los han extinguido (hechos extintivos)*”. Cuando esto ocurre se está en el sector

Por esto, “*de ordinario, en los eventos en que el derecho no alcanza a tener vida jurídica, o, para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque este nunca se estructuró la excepción no tiene viabilidad (...) De ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido y por indagar si al demandante le asiste. Cuando esta sugestión inicial es respondida negativamente, la absolución del demandado se impone; pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor, entonces sí es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen*” (G. J. XLVI, 623; XCI, pág. 830)” (Sentencia 219 de 9 de diciembre de 2004).

De esta manera, cuando no están presentes los presupuestos estructurales de la pretensión del demandante, “*se hace innecesario abordar el estudio de las excepciones del demandado*” (sentencia 195 de 1995).

El Tribunal concluyó la improcedencia de la excesiva onerosidad sobrevenida por imprevisión y en tal sentido la excepción denominada “*De la Inexistencia de un Desequilibrio Económico del Contrato*”, frente a las específicas causas pretendidas y los hechos invocados en este proceso, prospera.

En los términos del tercer inciso del artículo 282 del Código General del Proceso, el Tribunal se abstiene de estudiar las demás excepciones propuestas denominadas “*De la falta de prueba en la causa del incumplimiento*”, “*Del deber de planeación, debida diligencia y de los actos propios empresariales que pudieron afectar el desarrollo del contrato de concesión portuaria*”, “*Del Contrato no cumplido*”, “*Excepción Genérica*” (que no es rectamente entendida excepción) por concernir a las pretensiones respecto de las cuales prosperó la excepción interpuesta.

especial del derecho de defensa propio del concepto de excepción...’ (G. J. T. CXXX, pág. 18, reiterada en Casación Civil del 11 de mayo de 1981 no publicada)” (CSJ, SC del 31 de mayo de 2006, ib.).

La pretensión subsidiaria respecto del enriquecimiento injusto no se acogió por ausencia de sus requisitos estructurales, y las de revisión o terminación y condena son consecuenciales de las respectivas declarativas principales ante cuya falta de prosperidad, tampoco prosperan.

5. LAS COSTAS

El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, vigente a partir de 2 de julio de 2012, (art. 308, ibídem), dispone:

“ARTÍCULO 188. CONDENAS EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”.

La referencia del precepto al Código de Procedimiento Civil se entiende respecto del Código General del Proceso, que lo derogó y sustituyó. El Código General del Proceso en el artículo 365 numeral 5º reprodujo el numeral 6º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, según el cual *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.*

El Tribunal observa que la actuación de las partes y de sus apoderados en el presente proceso se ha ceñido a los principios de transparencia y lealtad procesal, cada cual, en defensa de la posición asumida, sin que jurídicamente se les pueda hacer reproche alguno, y recalca su buena fe en el manejo de la problemática planteada²⁰⁹.

²⁰⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 1 de abril de 2016, Rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331), Rad. 76001-23-33-000-2012-00130-01 (47.331) *“En tratándose de la condena en costas la propia jurisprudencia constitucional ha reconocido la aplicación de criterios de razonabilidad a efectos de determinar si es procedente su imposición: “la Corte acoge los criterios sentados por esa corporación, según los cuales el concepto jurídico indeterminado utilizado por el legislador en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo no concede al juez una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la condena en costas, sino que otorga una facultad discrecional que le permite hacer una evaluación*

Por lo anterior, vista la prosperidad parcial de la pretensión declarativa principal 1.1., no se impone condena en costas y cada parte asume los costos del proceso en las proporciones legales que corresponda. En la medida en que no existe constancia de que ANI haya reembolsado a ZFA la porción correspondiente a los gastos y honorarios que esta pagó por aquella, y, en caso de no haberlo hecho, ANI deberá cumplir con su obligación de reembolsar tales gastos y honorarios.

razonable de la conducta procesal de la parte vencida, dentro de cierto margen de apreciación personal. Esta aplicación razonable de la norma implica que solamente resulta posible condenar en costas a dicha parte cuando ha procedido con notorio abuso del derecho de acceso a la justicia, por el ejercicio del derecho de acción o de defensa, de la facultad de solicitar o presentar pruebas, de interponer recursos o de promover incidentes, en forma claramente irrazonable, temeraria, infundada, dilatoria o desleal. Ahora bien, en cuanto a la interposición de recursos, la Corte observa que esta facultad forma parte del derecho que tienen las partes de defender sus derechos por medio de sus apoderados. Desde luego, en la interposición de recursos se debe actuar dentro de las normas que impiden actos temerarios o de mala fe” Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)”.

III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje constituido para resolver en derecho las controversias surgidas entre **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, de una parte, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** de la otra, habilitado por las partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR que con posterioridad a la suscripción del Otrosí No. 1 de veintisiete (27) de febrero de dos mil quince (2015) al Contrato de Concesión No. 003 de dos mil diez (2010) se han presentado los siguientes hechos: una reducción de la carga de cemento exportada desde el puerto concesionado con destino a los Estados Unidos de América; una reducción de los ingresos proyectados por la explotación del puerto concesionado; un incremento del número de toneladas de cemento a granel y empacado que se importa en Colombia, y una devaluación sostenida del peso colombiano frente al dólar americano, en los precisos términos y con el alcance expuesto en la parte motiva. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión primera de la demanda reformada.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada "*De la Inexistencia de un Desequilibrio Económico del Contrato*" interpuesta por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** por las precisas causas pretendidas en este proceso, sin que haya lugar a pronunciamiento sobre las restantes excepciones formuladas contra la demanda de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.**, en los términos y por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Por las razones expuestas en la parte motiva, DENEGAR las demás pretensiones principales y subsidiarias, declarativas, de revisión o terminación y de condena, de la demanda arbitral reformada de **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** contra la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-**.

CUARTO: ABSTENERSE de imponer condena en costas por lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO: ORDENAR a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI-** que dentro de los tres (3) días siguientes a la presente providencia informe a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado acerca de la terminación de este trámite arbitral. El cumplimiento de esta orden deberá acreditarse ante el Tribunal Arbitral.

SEXTO: DECLARAR causado el cincuenta por ciento (50 %) restante de los honorarios establecidos y el IVA correspondiente de los Árbitros y la Secretaria por lo que se ordena realizar el pago del saldo en poder de la Presidente del Tribunal, quien procederá a rendir cuentas de las sumas puestas a su disposición para los gastos de funcionamiento del Tribunal y a devolver el remanente a la parte demandante. **ZONA FRANCA ARGOS S.A.S.** deberá entregar a los Árbitros y a la Secretaria los certificados de las retenciones realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos por sus honorarios en relación con ese cincuenta por ciento (50 %) de sus honorarios. Asimismo, se ordena el pago de la contribución arbitral a cargo de los Árbitros y la Secretaria, para lo cual, la Presidente hará las deducciones y libraré las comunicaciones respectivas.

SÉPTIMO: DISPONER que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público, con las constancias de ley (incluida la constancia de ejecutoria), y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

MARÍA LUISA MESA ZULETA
Presidente

WILLIAM NAMÉN VARGAS
Árbitro

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Árbitro

MÓNICA RUGELES MARTÍNEZ
Secretaria