

REPÚBLICA DE COLOMBIA



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 535 DEL 2011

(21 de noviembre de 2011)

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

LA SUBGERENTE DE GESTION CONTRACTUAL DEL
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – HOY AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA

En cumplimiento de la Ley 1ª de 1991 y sus decretos reglamentarios y en ejercicio de sus competencias y facultades legales, en especial las contenidas en los Decretos 1800 de junio de 2003, la Resolución N° 065 del 1º de febrero de 2005 y el artículo 24 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 5 de la Ley 1 de 1991 *"Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones"*, define la concesión portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la entidad correspondiente, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de baja mar y zonas accesorias a aquellas o 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 [...].

Que la Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* establece en su artículo 4 que para el cumplimiento de los fines de la contratación pública, las entidades estatales exigirán del contratista y de su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.

Que mediante Decreto 1800 de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, que tiene como objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1800 de 2003, dentro de las funciones del Instituto Nacional de Concesiones se encuentran, entre otras, las siguientes:

- "Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley";
- "Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos a su cargo.",
- "Supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión establecidos en los contratos a su cargo."

MEU

WU

MAC
1/10/11

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

- "Imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos."

Que como complemento de lo anterior, la Ley 1474 de 2011 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"* en su artículo 83 dispone que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

Que el 5 de mayo de 1994 la Superintendencia General de Puertos suscribió un contrato de concesión portuaria No. 012 de 1994 con la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A., mediante el cual se otorgó una concesión portuaria para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas y estos, que se encuentra ubicados en el municipio de Tumaco – Nariño; así como para utilizar temporalmente los muelles, bodegas, cobertizos, edificios, patios, obras de urbanismo, muros de cerramiento, vías y en general los bienes descritos en el citado contrato; por el término de veinte (20) años, a cambio de una contraprestación, para la operación de un puerto de servicio público habilitado para el comercio exterior y para prestar servicio a toda clase de carga.

Que en virtud del Decreto 101 de 2000 fueron trasladadas al Ministerio de Transporte, las competencias en materia de concesiones portuarias.

Que mediante Decreto 1800 de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, que tiene como objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Que teniendo en cuenta lo establecido en los Decretos 1800 de 2003 y 2053 de 2003 y la Resolución No. 7585 de 2003, en virtud del cual el Ministerio de Transporte cedió al Instituto Nacional de Concesiones - INCO los contratos y convenios vigentes relacionados con el cumplimiento de la misión institucional de éste último, y por lo anterior el 19 de enero de 2004 se suscribió el Otrosí No. 01 al Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994 con el fin de indicar que la entidad contratante es el Instituto Nacional de Concesiones - INCO.

Que mediante Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 se cambió la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, pasando de ser un establecimiento público a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial denominada Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

Que el artículo 25 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 dispone expresamente que los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del citado Decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, continuarán a favor y cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Que dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994 y sus modificaciones y aclaraciones, se encuentran las siguientes cláusulas relevantes para el presente acto:

CLAUSULA DECIMA MEJORAS. Las reparaciones, variaciones, y reformas de los bienes dados en concesión que se requieran, deberán adelantarse de conformidad con el procedimiento que señale la SUPERINTENDENCIA para tales efectos. El desconocimiento de este procedimiento será entendido como incumplimiento del contrato. Las inversiones que deberá realizar EL CONCESIONARIO para modernizar el puerto se efectuarán con base en el plan que presentará EL CONCESIONARIO y serán evaluados antes de su inclusión en el plan que elabore el Ministerio de Transporte"

MSH

SM

INCO
MTC

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

CLAUSULA DÉCIMA SEGUNDA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO se obliga para con la SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes: (...) **12.24.** El CONCESIONARIO deberá presentar a la Superintendencia los planes de operación, de mercadeo, administrativo y de inversiones en obras de expansión dentro de los tres (3) meses siguientes a la fecha de suscripción del presente contrato (...) **12.25.** Será responsabilidad de EL CONCESIONARIO manejar y administrar el puerto en forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, manteniendo condiciones de vigilancia y de seguridad de personal, de la carga, de las instalaciones e infraestructura portuarias. (...)

PARAGRAFO: Las infracciones en que incurra EL CONCESIONARIO en relación con el presente contrato, podrán sancionarse con multas, suspensión temporal, intervención del puerto o caducidad, en los términos previstos en el artículo 41 de la Ley 01 de 1.991 y el Decreto reglamentario 1002 de Mayo 31 de 1993 y la Ley 80 de 1993.(...)

CLAUSULA DÉCIMA QUINTA. MULTAS POR MORA O INCUMPLIMIENTO. Cuando se haya producido mora o incumplimiento parcial de obligaciones legales y contractuales por parte de EL CONCESIONARIO, la SUPERINTENDENCIA le impondrá multas sucesivas. Cada multa podrá ser hasta por un valor de 35 días de ingresos brutos de EL CONCESIONARIO calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo los perjuicios causados, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y de las instituciones portuarias y al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de EL CONCESIONARIO. Si este no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones previstas por el Artículo 41 de la Ley 01 de 1991 y el Decreto Reglamentario 1002 de Mayo 31 de 1992. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 42 de la citada ley.

PARAGRAFO. En caso que no sea posible la aplicación de la multa establecida en la cláusula precedente, se cobrará por concepto de intereses moratorios la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de conformidad con el inciso segundo del numeral 8 del artículo cuarto de la Ley 80 de 1993. El concesionario renuncia a los requerimientos de ley para ser constituido en mora.

OTROSI No. 01 DE 2004

CLAUSULA PRIMERA. ENTIDAD CONTRATANTE: El INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO, en virtud de lo establecido en las normas citadas en los considerandos, reemplazará en el contrato al MINISTERIO DE TRANSPORTE Y/O Superintendencia General de Puertos, de tal manera que donde diga MINISTERIO DE TRANSPORTE Y/O Superintendencia General de Puertos se entenderá INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO y en este sentido la entidad contratante es ésta.

Que mediante Resolución No. 590 del 26 de diciembre de 2005, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO autorizó la ampliación y actualización del plan de inversiones a desarrollarse dentro del Terminal Marítimo de Tumaco entregado en concesión a la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. mediante Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994, en el sentido de incluir dentro del mismo, las obras de inversión consideradas para el desarrollo del Centro Industrial Maderero de Tumaco - CIMAT, y el proyecto de cargue directo a los buques, de aceite de palma y sus derivados a través de una tubería que amplía los servicios portuarios del terminal.

Que mediante Resolución No. 672 del 22 de octubre de 2007, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, modificó en su integridad la parte resolutive de la Resolución No. 590 del 26 de diciembre de 2005 y en consecuencia aprobó la modificación, la ampliación y actualización del Plan de Inversiones de la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A., el cual quedó de la siguiente manera:

211

211
211

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

ARTÍCULO PRIMERO. Modificar en su integridad la parte resolutive de la resolución 590 del 26 de diciembre de 2005 y en consecuencia aprobar la ampliación y actualización del Plan de Inversiones de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A., el cual quedará así:

MODIFICACIÓN PLAN DE INVERSIONES 2007-2014		
DESCRIPCIÓN		VALOR
Red contra incendios		\$ 75.500.000
Nuevo cerramiento construcción muro		\$ 30.000.000
Seguridad y señalización		\$ 20.000.000
Tubería aceite de palma desde terrenos aledaños al terminal		\$ 199.941.038
Antiguo cobertizo (CIMAT): Nave del extremo sur del Terminal (1,400 M2)	Cerramiento del cobertizo	\$ 88.864.000
	Instalaciones eléctricas y de agua	\$ 33.000.000
Nuevo cobertizo (Carga General) en patio adoquinado	Cimentación (pedestales)	\$ 35.000.000
	Estructura	\$ 293.600.000
	Cubierta	\$ 65.600.000
	Instalaciones y servicios	\$ 12.000.000
SUBTOTAL		\$ 853.505.038
INVERSIONES EN EQUIPOS		
DESCRIPCIÓN		VALOR
Sistema de vigilancia y seguridad		\$ 74.000.000
SUBTOTAL		\$ 74.000.000
GRAN TOTAL MODIFICACIÓN PLAN DE INVERSIONES 2007 - 2014		\$ 927.505.038

(...)

ARTICULO SEGUNDO. FORMALIZACIÓN DE LA APROBACIÓN DEL PLAN DE INVERSIONES. A través de la presente autorización se entiende que se ha dado aprobación y quedan debidamente formalizadas las modificaciones introducidas al Plan de Inversiones de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A., que en adelante se denominará "Plan de Inversiones 2007 a 2014" (...)

ARTÍCULO TERCERO. VALOR DEL PLAN DE INVERSIONES, PLAZO DE EJECUCIÓN Y APROBACIÓN DE OBRAS. De conformidad con la solicitud de modificación estudiada y recomendada desde el punto de vista técnico y financiero y de acuerdo con el presupuesto y documentación presentada, el monto total de la actualización del plan de inversiones 2007-2014 asciende a la suma de NOVECIENTOS VEINTISIETE MILLONES QUINIENTOS CINCO MIL TREINTA Y OCHO PESOS (\$927.505.038)

PARAGRAFO PRIMERO. La ejecución del presente plan de Inversiones se debe desarrollar dentro de los 20 meses siguientes a la fecha en que quede perfeccionado el otrosí al contrato de concesión portuaria No. 12.

ARTÍCULO OCTAVO. En cumplimiento del presente acto administrativo, la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A. se obliga a:

1. Ejecutar el plan de inversiones 2007-2014 aprobado en la presente resolución.
2. Cumplir el cronograma de ejecución del plan de inversiones. (...)

ARTÍCULO DÉCIMO. RIESGOS. La SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A. asume la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del plan de inversiones en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de revisión, y su ocurrencia no dará derecho a indemnización o reconocimiento a favor del mismo, dentro de los cuales cabe mencionar sin limitarse a ellos: el riesgos 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, entre otros, por esta razón manifiesta que ha valorado los riesgos

usa

mel
du

meo
A

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

inherentes a las obras del plan de inversiones aprobado mediante este acto administrativo y ha analizado las circunstancias que le permiten obtener la recuperación de la inversión durante el tiempo que resta a la concesión, sin que genere desequilibrio económico alguno, renunciando así a cualquier reclamación por indemnización o reconocimiento monetario por este concepto."

Que el Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994 y sus respectivas modificaciones y aclaraciones se encuentran amparados por la Garantía Única de Cumplimiento expedida por la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. según Póliza No. C07754014.

Que mediante comunicación de fecha 13 de abril de 2011, radicada bajo el No. 2011-409-011035-2 del 25 de abril de 2011, el Gerente de la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A., remite la información de inversiones ejecutadas dentro del terminal marítimo de Tumaco en el que reporta como Inversiones ejecutadas a Marzo de 2011 presenta un valor total de cero (0).

Que por lo anterior, la supervisión técnica y jurídica del contrato reporta incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del concesionario, indicando que la Sociedad Portuaria no ha realizado el total de las inversiones contenidas en el Plan de Inversiones 2007- 2014 aprobado mediante la Resolución No. 672 del 22 de octubre de 2007.

Que en virtud de los anteriores antecedentes, la Entidad dio inicio a un procedimiento administrativo por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales para la imposición de las sanciones a que hubiere lugar, de conformidad con lo establecido en Contrato de Concesión portuaria No. 012 de 1994 y siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 28 y demás complementarios y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

Que teniendo en cuenta lo anterior, se procedió a requerir a la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A. mediante comunicación No. 2011-409-007453-1 del 8 de junio de 2011 y a la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. mediante comunicación No. 2011-303-007454-1 del 8 de junio de 2011, para que en ejercicio de su derecho de defensa y con el fin de salvaguardar el debido proceso, presentaran sus descargos frente a los presuntos incumplimientos contractuales reportados en los informes presentados por la supervisión del contrato; de los cuales se remitió copia con el requerimiento.

Que en el mismo requerimiento enviado al concesionario y a su garante se les citó a audiencia de descargos para el día 19 de julio de 2011 a las 10:00 a.m. en las instalaciones del INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, en la ciudad de Bogotá.

Que mediante comunicaciones de fechas 30 de junio de 2011 y 6 de julio de 2011 radicadas bajo los números 2011-409-018579-2 del 5 de julio de 2011 y No. 2011-409-019494-2 del 13 de julio de 2011, respectivamente, la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A dio respuesta al requerimiento efectuado por los presuntos incumplimientos contractuales reportados, planteando, en resumen, los siguientes argumentos de defensa:

- a. La sociedad portuaria informó oportunamente a la entidad sobre la caída en las exportaciones de aceite de palma a raíz de la enfermedad de la pudrición del cogollo, que devastó los cultivos de palma y sus efectos en el desarrollo del plan de inversiones 2007-2014; situación que fue informada mediante comunicación del 7 de febrero de 2008 radicada con el No. 03673 (ilegible) y reiterada mediante comunicación del 16 de abril de 2009.
- b. Como una alternativa a la caída de las exportaciones de aceite de palma, la sociedad portuaria emprendió el proyecto con la firma maderera MAKAIRA COLOMBIA S.A., quien tampoco cumplió con los compromisos efectuados en diferentes reuniones con el Ministerio de Transporte y el INCO, lo que no permitió el desarrollo de ese proyecto, situación que fue informada a la entidad mediante comunicación del 14 de septiembre de 2009.
- c. Que en virtud de lo anterior, la sociedad portuaria emprendió la búsqueda de nuevas oportunidades de negocio, logrando acuerdos comerciales con la firma CI FUEL SERVICES S.A. para la realización de un proyecto de combustibles en el terminal marítimo de Tumaco.

Que dentro del término establecido en el requerimiento correspondiente no se recibió escrito de descargos por parte de la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. en su calidad de garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994.

RECIBIDO
INCO
21/11/2011

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

Que el día 19 de julio de 2011 a las 10:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia de descargos dentro del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994 según consta en el Acta No. 1 de la misma fecha, audiencia en la cual el Representante Legal de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A expuso los argumentos de su defensa planteados por escrito en los descargos presentados a la entidad.

Que en desarrollo de la audiencia intervino el representante de la Compañía Aseguradora SEGUROS CONDOR S.A., apoyando los argumentos planteados por la sociedad concesionaria y solicitando no desconocer los hechos y circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito planteadas oportunamente por el concesionario, así como la intención evidente de la sociedad portuaria de cumplir pese a esas circunstancias. Solicita además que se haga una revisión del plan de inversión y manifiesta que la compañía está dispuesta a responder por perjuicios que se llegaren a ocasionar.

Que mediante comunicación de fecha 9 de agosto de 2011, radicada bajo el No. 2011-409-022473-2, la apoderada de la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. presenta con posterioridad a la celebración de la audiencia los *"...sustentos jurídicos de los descargos"* presentados por la sociedad portuaria, en la cual se hace un resumen de los hechos indicando que la sociedad portuaria no ha podido dar cumplimiento al plan de inversión aprobado por el INCO en atención a circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito que han sido debidamente informadas a la entidad. Y en resumen indica lo siguiente:

1. Situaciones de caso fortuito o fuerza mayor conocidas y debidamente informadas.

- a. Pudrición del cogollo. Si bien la resolución No. 672 del 22 de octubre de 2007 aprobó el nuevo plan de inversiones para la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A., dicho plan fue de imposible cumplimiento en atención a los hechos de FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO que se presentaron y que afectaron directamente el plan de inversión.
- b. El proyecto del Centro Industrial Maderero de Tumaco (CIMAT) proyecto eje del plan del cual dependían los ingresos de la sociedad, que a su vez dependía de las exportaciones de aceite de palma; no se pudo realizar debido a la falta de recursos por parte de la sociedad, lo cual tampoco permitió el desarrollo y ejecución de obras que formaban parte integral de este proyecto.
- c. Ante lo anterior, se iniciaron conversaciones con el Ministerio de Transporte, el INCO, el Gobernador de Nariño, el alcalde de Tumaco, el gerente de la sociedad portuaria Puerto Hondo y la empresa MAKAIRA COLOMBIA S.A. con el fin de evaluar otras alternativas de inversión dada la crisis de la palma en Tumaco, sin embargo los compromisos adquiridos por la empresa MAKAIRA en diferentes reuniones no fueron cumplidos.
- d. La Sociedad Portuaria Regional de Tumaco gestionó la participación de otros inversionistas como la empresa CI FUEL SERVICES S.A., que planteó participar en un proyecto de cabotaje, almacenamiento y distribución de combustible en la zona de Tumaco.
- e. La Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. ha venido cumpliendo con el pago de las obligaciones contenidas en el acuerdo de pago y de la contraprestación, a pesar de la situación económica de la empresa.
- f. Las situaciones y hechos enunciados que constituyen fuerza mayor o caso fortuito, han generado incumplimiento contractual por parte de la sociedad portuaria, hechos que de conformidad con la ley, son eximentes de responsabilidad.

2. Hechos provenientes de un tercero. Sustenta que a pesar de los compromisos que adquirió la empresa MAKAIRA COLOMBIA S.A. y que constan en actas de reuniones celebradas en el año 2009 ante diferentes entidades estatales, ésta incumplió y ello no permitió el desarrollo y ejecución del proyecto pesquero que se había planteado, situación que considera eximente de responsabilidad.

3. Desequilibrio contractual o rompimiento de la ecuación contractual. En este punto indica que la sociedad portuaria solicitó al INCO revisar el monto de la contraprestación que le correspondía, el cual estaba determinado por una cuota fija, sin tener en cuenta los ingresos que realmente estaba recibiendo la sociedad portuaria, considerando que aquella debería ser proporcional a éstos, y que de lo contrario se está contra de lo establecido en la Ley 80 de 1993 y de lo explicado por la

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

jurisprudencia en cuanto a la igualdad de las partes contratantes siendo ésta proporcional a sus ingresos.

4. Responsabilidad de la administración por omisión. Indica que la sociedad portuaria notificó al INCO sobre las situaciones de fuerza mayor, caso fortuito y hechos de terceros que imposibilitaron el cumplimiento del plan de inversión, indicando que no se obtuvo respuesta de las comunicaciones enunciadas.

Que mediante comunicación No. 2011-409-026946-2 del 20 de septiembre de 2011 se emitió concepto jurídico frente a los descargos y los argumentos de defensa presentados por la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco, del cual se extractan los siguientes apartes:

"... En virtud de lo dispuesto en la Resolución INCO No. 672 del 22 de octubre de 2007, la SPRT debía adelantar un plan de inversiones para la movilización de aceite crudo de palma. Dicho aceite, producto de la palma africana, es uno de los productos a los cuales apostó el departamento de Nariño, con una producción del 100% concentrada en el municipio de Tumaco, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Banco de la República en el mismo 2007.

Vale la pena tener en cuenta otro hecho que ofrece el mismo estudio sobre economía regional del Banco de la República de marzo del 2007: el departamento de Nariño carece de infraestructura de transporte, y a través del puerto se ha concentrado la movilización de la carga que se exporta, consume y transa en esta región, consuetudinariamente aislada del resto del país, precisamente por la carencia de vías de transporte terrestre. Es decir, que la SPRT propuso y el INCO aprobó el desarrollo de un proyecto portuario coherente con la explotación agrícola que se estaba llevando a cabo en ése momento en Tumaco, y que resultaba necesario, teniendo en cuenta la falta de alternativas para movilizar el aceite de palma.

Sin embargo, en diciembre de 2007 el país tuvo que enfrentar la epidemia que afectó la palma africana, y tomar medidas al respecto. Prueba de ello la ofrece la Resolución No. 003697 del 21 de diciembre de 2007 expedida por el INSTITUTO COLOMBIANO AGROPECUARIO – ICA: "por la cual se adoptan medidas cuarentenarias para controlar la diseminación de enfermedades de la palma africana conocidas como Síndrome de la Pudrición de Cogollo (PC), Anillo Clorótico y Mancha Anular de la Palma de aceite.

(...)

la ocurrencia de una epidemia que afectara exclusivamente la planta de la cual se obtiene el aceite, que a su vez es la carga principal que sustenta un proyecto portuario, y en virtud de cuya movilización se financiarán los compromisos del concesionario, es un ejemplo de evento que para la SPRT y para el Estado colombiano no era posible prever. En éste orden, la descripción de la situación coincide con la definición de fuerza mayor o caso fortuito que contempla el artículo 64 del Código Civil.

De acuerdo con el artículo 1604 del Código Civil, la prueba del caso fortuito corresponde a quien lo alega. Sin embargo, resulta acertada la apreciación de la apoderada de la SPRT, quien sostiene (en el documento de sustento jurídico de los descargos) que la pudrición del cogollo constituye un hecho notorio, cuya prueba no es necesaria.

Para efectos del procedimiento sancionatorio en curso, también resulta jurídicamente relevante el nexo causal entre la epidemia y la falta de recursos (e incluso de motivación y objeto) de la SPRT. Nexa que se estableció, tanto en la audiencia como en el mismo documento: la producción de aceite descendió a menos del 20% de lo proyectado, de lo cual es razonable inferir - sin necesidad de prueba - que si hay tal descenso en la producción, lo habrá en la demanda de movilización; y al ser el puerto el principal (si no el único) medio de transporte de una carga que ya no se produce, dicha movilización desciende en la misma proporción.

Durante la visita llevada a cabo a las instalaciones portuarias, se verificó que i) a la fecha, el movimiento de aceite de palma que se lleva cabo por parte de la SPRT es incipiente (los tanques de almacenamiento de aceite financiados con recursos de uno de los socios principales (C.I. ACEPALMA S.A.) se encontraban a menos del 15%, sin registros de que se hubiera cargado aceite en meses inmediatamente anteriores, y que ii) la sostenibilidad del proyecto portuario depende de otras actividades tales como la importación de insumos agrícolas y el almacenaje de equipos propiedad de otra sociedad portuaria (Puerto Hondo S.A.).

su

mu

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

En suma se presentan los supuestos contemplados en el artículo 1604 para que se exima de responsabilidad al concesionario: a) Se ha presentado un evento no previsible, por ninguna de las partes del contrato de concesión; b) El caso fortuito no ha sobrevenido por culpa del concesionario; y c) no es necesario probar el caso fortuito por tratarse de un hecho notorio, cuyas consecuencias han sufrido todos aquellos que participan de la cadena de producción y comercialización del aceite de palma.

4. Conclusión.

El desarrollo del contrato de concesión No. 012 de 1994, se ha visto afectado por una situación, que no tiene origen ni en una acción, ni en una omisión o falta de diligencia en la gestión del concesionario, que sin embargo, sí ha tenido efectos sobre la capacidad financiera de éste para acometer las inversiones con las cuales se ha comprometido frente al Estado.

En consecuencia, se recomienda a la Subgerencia abstenerse de sancionar a la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A."

Que mediante comunicación fechada el 3 de octubre de 2011, radicada bajo el No. 2011-409-028610-2 del 5 de octubre de 2011, se emitió concepto técnico frente a los descargos y los argumentos de defensa presentados por la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco, del cual se extractan los siguientes apartes:

"(...) Durante visita de supervisión IN SITU de concesiones portuarias realizada el 8 de junio de 2011, se verificó la realización de la inversión descrita en el plan de inversiones como Tubería para el cargue de aceite de palma, (...), el valor de esta inversión según copia de comunicación del ejecutor de la inversión (C.I. MIRA Ltda.) ... es de \$154.782.267 (pesos)

También, durante la visita, se pudo establecer que en el terminal marítimo se realizarán las siguientes operaciones portuarias... :

Desestiba, descarga y almacenamiento de fertilizantes que vienen de Barranquilla (monómeros) y de Cartagena (abocol). La carga se moviliza en sacos - bultos de 50 kg, en buques graneleros de aproximadamente entre 85 y 95 m de eslora y de 3 y 4 m de calado.

(...)

Durante la visita se observaron en el muelle cilindros con gas metano, que según lo informado por el Gerente provienen de la localidad de Chilvi (en donde el Gas es almacenado en cilindros de 20-40-80 lb) y se cargan en barcos de 20 m de eslora y calado de aproximadamente 1m, para ser transportado a poblaciones costeras del departamento de Nariño.

Se realiza también carga de aceite de palma, la cual es transportada desde tanques de almacenamiento (impulsada) a través de tuberías, hasta las mangueras del buque.

Que la entidad procedió a estudiar los argumentos y pruebas presentadas por la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE TUMACO S.A. dentro del presente trámite administrativo así como la totalidad del expediente contractual, llegando a las siguientes conclusiones:

1. Frente al caso fortuito o fuerza mayor reportada por el concesionario: La sociedad portuaria ha manifestado la ocurrencia de hechos y circunstancias que constituyen fuerza mayor como eximente de la responsabilidad frente al incumplimiento del contrato.

Al respecto, el artículo 64 del Código Civil (subrogado por el artículo 1º de la Ley 95 de 1890), define la fuerza mayor o caso fortuito, como aquel "imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público."

Para el caso particular de los contratos estatales, como lo es el contrato de concesión portuaria que nos ocupa en esta oportunidad, el H. Consejo de Estado, en sentencia No. 14.781 del 11 de septiembre de 2003 indicó expresamente lo siguiente:

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

mel

sol

meo

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

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

La imprevisibilidad que determina la figura, se presenta cuando no es posible contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer que es lo previsible resulta necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto; supone verificar las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega el fenómeno liberatorio. La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados. La fuerza mayor determina la inejecución de la prestación, sin que ello comporte la responsabilidad contractual, porque el daño tuvo como causa un hecho exógeno y extraño a las partes y en esta medida no resulta imputable al contratista."

En el presente caso se observa que las circunstancias planteadas por la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco, que se desencadenaron desde la aparición de la enfermedad de la pudrición del cogollo que afectó los cultivos de palma africana, actividad eje del plan de inversiones de la sociedad, resultan ser hechos completamente ajenos a las partes que imposibilitaron la ejecución del plan de inversiones, siendo totalmente imprevisibles e irresistibles a punto tal que requirió la intervención del Gobierno Nacional en la adopción de medidas para controlar la epidemia y mitigar el impacto de la aparición de la enfermedad; y por lo tanto no puede endilgarse responsabilidad al concesionario por la inejecución del contrato en estas circunstancias.

2. En lo que tiene que ver con la argumentación jurídica presentada por la apoderada de la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco con posterioridad a la celebración de la audiencia, se hacen las siguientes precisiones:
 - a. En lo que tiene que ver con las circunstancias de fuerza mayor y caso fortuito planteadas, se reitera lo concluido anteriormente.
 - b. En cuanto a la ocurrencia de hechos de terceros, se observa en los documentos aportados que existieron compromisos de empresas ajenas a la relación contractual entre INCO y la SP Tumaco (MAKAIRA COLOMBIA S.A. y la Sociedad Portuaria PUERTO HONDO S.A.), pero que fueron consignados en actas de reunión celebradas con distintas autoridades nacionales y locales y que por lo tanto tenían cierto grado de certeza en relación con la solución que se adoptaría frente a la situación del terminal marítimo de Tumaco, compromisos éstos que no fueron cumplidos por tales empresas pese a la gestión adelantada para tal efecto por la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco, quien inició los trámites ante el INCO para la cesión parcial del contrato en los términos de tales acuerdos, la cual no se pudo materializar por falta de documentación de tales empresas. Estas son pues circunstancias extraordinarias, no previstas por las partes y ajenas a su voluntad, que igualmente excluye la responsabilidad del concesionario.
 - c. Frente al presunto desequilibrio contractual que se alega frente al monto de la contraprestación, es preciso señalar que la misma fue determinada al inicio de la relación contractual, calculada por línea de playa e infraestructura y no por ingresos como allí se plantea, razón por la cual se desestima dicha argumentación. Adicional a ello debe tenerse en cuenta que en el contrato que nos ocupa y en especial en la ejecución del plan de inversión autorizado mediante Resolución No. 672 de 2002, el concesionario asumió la totalidad de los riesgos inherentes a su ejecución del plan de inversiones en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de revisión y su ocurrencia no dará derecho a indemnización o reconocimiento a favor del mismo, como expresamente se estableció en la citada Resolución.

com
H

10/11

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

Adicional a lo anterior y para reiterar que esta consideración debe desestimarse, traemos a colación un aparte de la Sentencia No. 14781 del 11/09/2011 Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque, que dispone:

"... la fuerza mayor determina la irresponsabilidad del contratista frente a la no ejecución del objeto contratado, sin que ello comporte indemnización o compensación a su favor. Se tiene así que la ocurrencia de la fuerza mayor impone demostrar que el fenómeno fue imprevisible y que no permitió la ejecución del contrato, en tanto que en la teoría de la imprevisión debe probarse que el hecho exógeno e imprevisible no impidió la ejecución del contrato, pero hizo más oneroso el cumplimiento de las obligaciones para el contratista, porque tuvo que incurrir en gastos necesarios para contrarrestar los efectos impeditivos del fenómeno presentado."
(Subrayado fuera de texto)

- d. Finalmente y en lo que respecta a la presunta omisión de la entidad, se desestima igualmente tal argumentación, en primer lugar porque está probado que el Instituto efectuó el acompañamiento que en cumplimiento de su deber de colaboración y dentro de sus competencias le correspondía para la debida ejecución del contrato y para mitigar el impacto de las circunstancias de fuerza mayor ya analizadas, efectuando las visitas que fueron pertinentes para verificar la situación y participando en las reuniones con el Ministerio de Transporte y con las autoridades de la región para tratar de lograr unos entendimientos con inversionistas interesados en la búsqueda de la solución de la situación de Tumaco, y en segundo lugar, buscando salidas a las alternativas propuestas por la sociedad portuaria, como se evidencia en los memorandos internos No.4853 del 16 de diciembre de 2008, No. 2008-409-004986-3 del 22 de diciembre de 2008, en las comunicaciones dirigidas al concesionario radicadas con los No. 2009-303-008632-1 del 22 de julio de 2009 y No. 2009-101-012627-1 del 13 de octubre de 2009, éstos relacionadas con las comunicaciones anexas al escrito que nos ocupa; y finalmente, dando trámite a las solicitudes que en su oportunidad fueron presentadas por el concesionario para lograr la cesión parcial de contrato según los acuerdos citados, pero que por cuestiones ajenas a la entidad no lograron concretarse, sin que por ello se eximiera al concesionario de la obligación de cumplir con el contrato en los términos y condiciones vigentes.

En el caso particular de la solicitud de modificación del plan de inversiones presentada mediante comunicación No. 2010-409-023162-2 del 4 de octubre de 2010, la entidad dio respuesta **NO** favorable mediante comunicación No. 2010-303-015904-1 del 17 de noviembre de 2010, al encontrarse en mora en el pago de la contraprestación.

Que en el caso concreto, es evidente el acaecimiento de circunstancias de fuerza mayor que impidieron la ejecución del contrato, y en particular, la ejecución del Plan de Inversiones aprobado mediante Resolución No. 672 de 2007, y por lo tanto está eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable.

Que sin perjuicio de lo anterior, ante las circunstancias de fuerza mayor que fueron objeto de debate en el presente procedimiento administrativo y de conformidad con lo establecido en la Cláusula Vigésima Primera del Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994, se hace necesario advertir al Concesionario que debe tomar todas las medidas razonables del caso en el menor tiempo posible y actuar de manera diligente para superar o remover los obstáculos y las circunstancias que han impedido la ejecución del plan de inversiones. En este sentido, deberá mantener permanentemente informado al Instituto de los avances y resultados de las mismas, reportes que no suplen de manera alguna los informes de avance de ejecución establecidos en el contrato.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Archivar y dar por terminado el procedimiento administrativo iniciado por el Instituto Nacional de Concesiones INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, por los presuntos incumplimientos contractuales del Contrato de Concesión Portuaria No. 012 de 1994 de la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A.

mel

mel

mel

"Por la cual se da por terminado un procedimiento administrativo"

ARTÍCULO SEGUNDO.- Ordenar a la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. la presentación de reportes mensuales sobre los avances de las gestiones adelantadas para superar o remover los obstáculos y las circunstancias que han impedido la ejecución del plan de inversiones.

ARTÍCULO TERCERO.- Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al representante legal de la Sociedad Portuaria Regional de Tumaco S.A. y al representante legal de la compañía Aseguradora Seguros Cóndor S.A. de conformidad con lo establecido en los artículos 44 y siguientes del C.C.A.

ARTÍCULO CUARTO.- La presente resolución rige a partir de su expedición y contra la misma procede el recurso de reposición ante la Subgerente de Gestión Contractual del Instituto Nacional de Concesiones - INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de notificación personal o a la desfijación del edicto, según el caso.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C.

21 NOV 2011


SILVIA URBINA RESTREPO
Subgerente de Gestión Contractual

Proyectó: Marcela Urquijo - Asesora Jurídica GITP
Revisó: María Claudia Ortiz - Asesor Jurídico GITP
Revisó: Fernando Hoyos Escobar - Asesor Técnico GITP
Revisó: María Catalina Laverde - Asesora Jurídica GITP
Vo.Bo: Martha Calderón- Coordinadora Grupo Interno de Trabajo Jurídico

XX

105 101

101

105 101

101