

**OTROSÍ No. 01 DE 2018 ACLARATORIO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO (CLASE DE CARGA) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2009, SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI) Y LA SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. – PENSOPORT.**

Entre los suscritos a saber: **LUIS EDUARDO GUTIÉRREZ DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.057.052 de Bogotá D.C., en su calidad de Vicepresidente de Gestión de Contractual de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, nombrado mediante Resolución No. 1939 del 23 de octubre de 2018, posesionado mediante Acta No. 132 del 23 de octubre de 2018, debidamente facultado de conformidad con lo establecido por el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 y por delegación del Presidente de la Agencia mediante el Artículo Octavo literal II numeral 1 de la Resolución No. 1113 de 2015, quien obra en nombre y representación de **LA AGENCIA, ANI o EL CONCEDEnte**, y por otra parte, **MARA JUDITH ORTEGA ACUÑA**, identificada con la Cédula de Ciudadanía No. 40.796.141, en su calidad de Gerente de la **SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. PENSOPORT** (en adelante también como **PENSOPORT S.A.**), conforme el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de La Guajira y debidamente facultada para firmar el presente Otrosí, el cual forma parte integral de este documento, y quien en adelante se llamará **EL CONCESIONARIO**, hemos convenido suscribir el presente **OTROSÍ**, previas las siguientes:

#### **CONSIDERACIONES**

1. El 19 de noviembre de 2009, el entonces Instituto Nacional de Concesiones – INCO y la Sociedad Portuaria de la Península S.A. – PENSOPORT S.A., suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria No. 001, mediante el cual se otorgó una concesión portuaria para la ocupación y utilización temporal y exclusiva de las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la operación de las instalaciones portuarias allí construidas, localizadas en el sitio conocido con el nombre de Puerto Nuevo, área sur de Bahía Portete, jurisdicción del municipio de Uribia, departamento de La Guajira; destinada a la prestación del servicio público portuario, por el término de veinte (20) años a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Novena de ese Contrato.
2. El parágrafo segundo de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009 contempló los volúmenes y la clase de carga que movilizaría la Sociedad PENSOPORT S.A., en los siguientes términos:  
  
“**CLÁUSULA QUINTA. DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, MODALIDADES DE OPERACIÓN, VOLÚMENES Y CLASE DE CARGA A LA QUE SE DESTINARÁ (...)** *Volúmenes y clase de carga: El movimiento de carga anual está estimada entre 40.000 y 63.000 toneladas, las clases de mercancía de importación consiste en electrodomésticos, juguetería, telas, bolsos y carteras, calzado, artículos para el Hogar, losas de uso doméstico, misceláneos.*”
3. A través de oficio con radicado ANI No. 2018-409-099466-2 del 26 de septiembre de 2018 la Sociedad Portuaria de la Península S.A. solicita aclaración y ajuste de la redacción de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, en los siguientes términos:

“**LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI** – de conformidad con lo previsto en el Art 15 de la Ley 80 de 1993 y en la Cláusula 25 del Contrato de concesión 001 de 2009, proceda a interpretar de manera unilateral la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión No 001 de 2009 - volúmenes y clase de carga- Y CONFORME A LOS HECHOS Y A LA NORMATIVIDAD APLICABLE, **DECLARAR LO SIGUIENTE:**



**OTROSÍ No. 01 DE 2018 ACLARATORIO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO (CLASE DE CARGA) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2009, SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI) Y LA SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. – PENSOPORT.**

1. *Que el contrato de Concesión No 001 de 2009, debe ajustarse a lo ordenado por la Resolución 382 del 23 de julio de 2009 "mediante la cual se otorga formalmente una concesión portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENINSULA S.A. PENSOPORT. En lo pertinente al volumen y clase carga (art 4 núm. 4.4.) que no fue expresamente incluido en la Cláusula Quinta Parágrafo Segundo. Volumen de carga.*
2. *Que la exclusión en el Contrato de concesión 001 de 2009 de la carga de importación y exportación previamente otorgada formalmente mediante la Resolución No 382 de 2009 —INCO— incide directamente en la Resolución de habilitación aduanera de PUERTO NUEVO, toda vez que esta se limita y condiciona a lo autorizado por dicho contrato.*
3. *Que la inclusión del vocablo "misceláneo" en la relación de la carga autorizada, generó una interpretación amplia de la misma por parte de la DIAN y de los usuarios aduaneros que permitió el desarrollo de negocios de comercio internacional por Puerto Nuevo en Bahía Portete en La Guajira, tales como lantás, perfumes, licores, vinos, aperitivos, cervezas, sifones, ferretería, cigarrillos, manufacturas, materiales de construcción, materiales de oficina, madera, productos alimenticios, bebidas azucaradas; ajustada a la carga histórica y usual que por el puerto se había movlizado antes y durante los primeros 9 años de la Concesión, lo cual conforme a la costumbre comercial generó derechos y obligaciones para las partes.*
4. *Que la disminución de la carga por la interpretación taxativa de la carga autorizada que hizo la DIAN al momento de expedir la Resolución 5584 del 19 de julio de 2018, se pone en riesgo la prestación del servicio público portuario por el impacto que puede tener en la ecuación económica del contrato."*
4. *Mediante radicado ANI No. 2018-705-017746-3 del 07 de noviembre de 2018 la Gerencia de Asesoría Legal Gestión Contractual 1 emite **concepto jurídico** respecto a la solicitud del Concesionario PENSOPORT S.A., considerando lo siguiente:*

*"(...) en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes (artículo 1602 Código Civil), al efectuarse la interpretación de las cláusulas de un contrato, deberá acudirse a la intención de las partes por encima del sentido estrictamente literal de las palabras (artículo 1618 Código Civil), de tal manera que prevalezca entre los contratantes la voluntad real al momento de efectuar el negocio jurídico; lo anterior, teniendo en consideración además la intención de las partes durante el trámite para el otorgamiento del contrato, así como lo contemplado en los documentos precontractuales y en la propuesta presentada por el interesado en el mismo.*

*Ahora bien, de no lograrse una interpretación de común acuerdo entre las partes, el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, trae consigo la figura de la interpretación unilateral de los contratos por parte de la Administración, la cual debe estar sujeta a dos requisitos concurrentes, esto es, por un lado, que las cláusulas objeto de interpretación puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el contrato, y por el otro, que exista un intento de acuerdo previo entre los cocontratantes.*



**OTROSÍ No. 01 DE 2018 ACLARATORIO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO (CLASE DE CARGA) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2009, SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI) Y LA SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. – PENSOPORT.**

Así las cosas, para el caso que ahora nos ocupa, tenemos que la Sociedad Portuaria de la Península S.A. solicita principalmente que la Agencia proceda a interpretar de manera unilateral la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, solicitud respecto de la cual es preciso señalar que resulta de vital importancia el análisis que se realice desde el aspecto técnico y financiero del proyecto, de tal manera que ello permita verificar cuál fue el verdadero interés y el querer de las partes dentro del trámite del otorgamiento del Contrato de Concesión No. 001 de 2009.

Es decir, deberán verificarse y analizarse los documentos precontractuales por parte de la VGC, de manera tal que permitan determinar, por ejemplo y sin limitarse a ello, si el Reglamento Técnico de Operaciones, el Instrumento Ambiental con el que cuenta la Sociedad Portuaria de la Península S.A. y el modelo financiero, brindan claridad sobre el tipo de carga que se tuvo en consideración para ser movilizada por el Puerto concesionado a PENSOPORT S.A."

5. A través de radicado ANI No. 2018-308-017870-3 del 08 de noviembre de 2018 la Gerencia del Grupo Interno de Trabajo Financiero 1 profirió **concepto financiero**, concluyendo lo siguiente:

"3.1. El modelo financiero citado en la Resolución de otorgamiento 382 de 2009 contempló como volumen a movilizar, el concepto general de "Carga Generar, sin detallar los productos o subproductos a movilizar."

3.2. La carga real movilizada reportada a la Superintendencia de Puertos y Transporte corresponde igualmente al tipo de carga "carga general. Se recomienda en todo caso validar con la Superintendencia de Puertos y Transporte, qué productos o subproductos constituyen el tipo de carga denominado "carga general", o indique si tiene información más detallada de lo que ha reportado Pensoport. Y sin perjuicio, de ello en todo caso se recomienda realizar la validación técnica referente a lo que históricamente ha movilizado el puerto, y si el Puerto cuenta con las condiciones técnicas de operación para movilizar "carga general".

3.3. La contraprestación vigente de PENSOPORT y señalada en la cláusula novena del Contrato de Concesión No. 001 de 2009, fue determinada como un valor fijo anual calculado bajo la metodología de Productividad CONPES 2680 de 1993. En la medida en que no se presente una modificación sustancial al contrato referente, entre otros aspectos, al tipo de carga a movilizar por PENSOPORT, no se debería tener un impacto en el valor de la contraprestación, que implique un cambio en la metodología de contraprestación. En caso contrario, se debería aplicar la metodología vigente de ese momento, y validar si el volumen y tipo de carga movilizada impactaría directamente en el cálculo de la fórmula de contraprestación."

6. Mediante radicado ANI No. 2018-303-017883-3 del 08 de noviembre de 2018 la Gerencia del Grupo Interno de Trabajo Ferreo y Portuario emitió **concepto técnico** a través del cual se analizó y concluyó lo siguiente:

"Analizando los antecedentes y consideraciones anteriormente mencionados, esta Gerencia puede evidenciar desde el punto de vista técnico, que la carga contemplada por la Sociedad Portuaria de la Península S.A. PENSOPORT, desde el inicio de la solicitud de Concesión Portuaria fue CARGA GENERAL.

**OTROSÍ No. 01 DE 2018 ACLARATORIO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO (CLASE DE CARGA) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2009, SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI) Y LA SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. – PENSOPORT.**

*Los reportes de la Superintendencia de Puertos y Transportes hacen ver de la misma manera, la materialización de la intención de la Sociedad Portuaria, reportando en sus informes anuales de tráfico portuario la clasificación de carga de Pensoport como Carga General.*

*Así las cosas, si bien, el contrato de Concesión No. 001 de 2009 discrimina solo unas cargas aprobadas, como clases de mercancías de importación para movilizar en la Cláusula Quinta, se puede verificar que la intención de la Sociedad Portuaria y el querer de las partes dentro del trámite de otorgamiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, fue otorgar el permiso de movilización de Carga General para importación.”*

7. Mediante radicado ANI No. 2018-409-117859-2 del 13 de noviembre de 2018 la Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, Consorcio 3B PROYECTOS S.A.S., emitió concepto respecto a la solicitud del Concesionario relacionada con la clase de carga a movilizar por PENSOPORT S.A., en los siguientes términos:

*“(…) esta Interventoría recomienda suscribir un acta aclaratoria entre las partes que permita definir el concepto de productos “Misceláneos” como carga general, ajustado así el contrato a las condiciones reales del proyecto.*

*(…)*

*Por lo anterior es totalmente viable suscribir un acta aclaratoria, que permita a la Agencia, así como a la DIAN contar con las herramientas contractuales suficientes para requerir al concesionario en el cumplimiento de sus obligaciones y así definir cuál es la carga aprobada.”*

8. Que mediante correo electrónico del 17 de noviembre de 2018 la profesional ambiental encargada del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009 otorgado a la Sociedad Portuaria de la Península S.A., respecto a la clase de carga autorizada en el Plan de Manejo Ambiental al Concesionario, manifestó lo siguiente:

*“De acuerdo a la revisión adelantada respecto al tipo de carga de la Sociedad Portuaria PENSOPORT, para el Otrosí aclaratorio, se identificó que en el Plan de Manejo Ambiental presentado a la Corporación Autónoma Regional de la Guajira, para la emisión de la Resolución No. 3673 de 2007 (Por medio de la cual se modifica el Plan de Manejo Ambiental), se indica que a la Sociedad Portuaria llegan embarcaciones con tipo de carga general, y se indica que el tipo de carga movilizada corresponde a electrodomésticos, juguetería, telas, bolsos y carteras, calzado, artículos para el hogar, mercancías de uso doméstico y misceláneos.*

*Por tal motivo se considera que en tanto a las instalaciones portuarias no llegue tipo de carga relacionada con hidrocarburos, sustancias químicas o cualquier otro tipo de sustancia considerada potencialmente peligrosa para el medio ambiente, no se presentan inconvenientes respecto al otrosí aclaratorio, sin embargo se recomienda indicar al concesionario que debe informar a CORPOGUAJIRA y a la Unidad Administrativa Especial de Parques Nacionales Naturales, respecto al tipo de carga nueva que va a ser recibida, y sus respectivos volúmenes anuales estimados.”*

**OTROSÍ No. 01 DE 2018 ACLARATORIO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO (CLASE DE CARGA) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2009, SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI) Y LA SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. – PENSOPORT.**

9. Que el concepto jurídico recomendó efectuar el análisis técnico y financiero de tal manera que ello permitiera verificar y brindar claridad respecto de cuál fue el verdadero interés y el querer de las partes dentro del trámite del otorgamiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009 y durante la ejecución de este, para efectos de que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes, si llegaba a existir mutuo acuerdo en el entendimiento de la clase de carga del Contrato se suscribiera un Otrosí aclaratorio.

10. Que en razón a que las conclusiones de las áreas financiera, técnica y ambiental de la Agencia, así como del concepto de la Interventoría 3B PROYECTOS S.A.S. fue que la intención de las partes durante la etapa precontractual para el otorgamiento del contrato, así como durante la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, ha sido la movilización de Carga General, y no únicamente la literalidad de la mercancía enunciada en la Cláusula Quinta del mencionado Contrato, no se activaría la facultad de interpretación unilateral de la Administración al existir entre las partes un acuerdo respecto al entendimiento de la clase de carga del Contrato.

11. Que en virtud de lo anterior, en sesión celebrada el día diecinueve (19) de noviembre de 2018, se sometió a consideración del Comité de Asuntos Contractuales la solicitud del Concesionario PENSOPORT S.A., quien recomendó la suscripción del presente Otrosí.

Por lo anteriormente expuesto, las Partes

#### ACUERDAN

**CLÁUSULA PRIMERA. – Aclarar** el parágrafo segundo de la Cláusula Quinta referida únicamente a la Clase de Carga del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, el cual quedará así:

**Volúmenes y Clase de Carga.** – El movimiento de carga anual está estimada entre 40.000 y 63.000 toneladas, la mercancía de Importación a movilizar por **EL CONCESIONARIO** consiste en Carga General, teniendo como referencia lo solicitado por **EL CONCESIONARIO** para el otorgamiento del Contrato, así como las especificaciones técnicas y la modalidad de operación contempladas en el presente Contrato de Concesión.

El Concesionario no podrá manejar carga relacionada con hidrocarburos, sustancias químicas o sustancias consideradas potencialmente peligrosas para el medio ambiente, ni cualquier otro tipo de carga que amerite previa autorización de las Autoridades competentes y la respectiva modificación del Contrato de Concesión.

**CLÁUSULA SEGUNDA. – Riesgos.** La presente modificación se limita a lo expresamente aclarado a través del presente documento, sin afectar ni generar modificación alguna de las obligaciones asumidas por **EL CONCESIONARIO** ni de los riesgos asignados al mismo.

**CLÁUSULA TERCERA. – Vigencia y Validez de lo no modificado.** Las demás condiciones establecidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009 que no se modificaron mediante el presente Otrosí se mantienen vigentes.

**OTROSÍ No. 01 DE 2018 ACLARATORIO DEL PARÁGRAFO SEGUNDO (CLASE DE CARGA) DE LA CLÁUSULA QUINTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2009, SUSCRITO ENTRE EL INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO (HOY AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI) Y LA SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. – PENSOPORT.**

**CLÁUSULA CUARTA. – Aseguramiento.** El Concesionario deberá presentar, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la suscripción de la presente modificación, una certificación expedida por la Compañía Aseguradora en la que conste que dicha compañía conoce y acepta la presente modificación y la variación del estado del riesgo que la misma suponga.

**CLÁUSULA QUINTA. – Perfeccionamiento y ejecución.** La presente modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, se perfecciona y ejecuta con la suscripción de las partes.

En constancia, las partes firman en presente Otrosí en la ciudad de Bogotá D.C., el día

**27.0 NOV. 2018**

**Por el CONCEDENTE**



**LUIS EDUARDO GUTIÉRREZ DÍAZ**

Vicepresidente de Gestión de Contractual

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**

**Por el CONCESIONARIO**



**MARA JUDITH ORTEGA ACUÑA**

Representante Legal

**SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A.**

Proyección: Andrea Patiño Chacón – Abogada GAL1 - VJ  
 Revisó aspectos técnicos: Juan David Bermúdez Cetina – Asesor Técnico GITP - B3  
 Revisó aspectos financieros: Silvia Margarita Cediel Serrano – Asesor Financiero Contratista GITPA  
 Revisó aspectos financieros: Adriana Milena Acosta Forero – Gerente Financiero GITF1 – VGC  
 Revisó aspectos ambientales: Fernanda Millán Ballén – Asesora Ambiental – GITA – VPRESA

Vo Bo: José Román Pacheco Gallego – Gerente Asesora Legal 1 – VJ  
 Dina Rafaela Sierra Rochels – Gerente Técnico GITP – VGC  
 Andrés Becerra Moscoso – Gerente Financiero GITF1 – VGC  
 Jairo Arguello Urrego – Gerente GIT Ambiental – VPRESA