



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 948 DE 2016

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

EL VICEPRESIDENTE DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante Resolución No. 506 de 7 de abril de 2016, y según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en los artículos 34 a 45 y 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011, procede a declarar el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, imponer multa y declarar la ocurrencia de un siniestro.

1. Individualización de los sujetos a sancionar

- Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. (en adelante Concesionario), identificada con NIT 841.000.270-3, representada legalmente por la señora Beatriz Elena Arango Valencia, identificada con cédula de ciudadanía No. 42.987.841, según certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Urabá expedido el 9 de junio de 2016.
- Sociedad Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, identificada con NIT 860.070.374-9, representada legalmente para fines judiciales por la doctora Claudia García Echeverri, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.283.101 de Bogotá, en calidad de garante del contrato, según Póliza de Cumplimiento No. 05 GX000694 de 2 de septiembre de 2014, con vigencia desde el 27 de julio de 2014 hasta el 5 de agosto de 2019.

2. Análisis de hechos y pruebas con base en las cuales se impone la sanción

a. Del procedimiento administrativo sancionatorio

La Agencia Nacional de Infraestructura, por intermedio de la Gerencia de Defensa Judicial, dependencia competente para tramitar el procedimiento administrativo sancionatorio¹, con radicación ANI No. 2015-701-027315-1 de 17 de noviembre de 2015, citó a los representantes legales de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A.,

¹ De conformidad con lo previsto en el numeral 7 del artículo 12 de la Resolución 1452 de 2013, y en el Anexo a la Resolución 528 de 2015.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

y de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para el día 3 de diciembre de 2015, a las 10:00 a.m., en las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura.

El 2 de diciembre de 2015, el apoderado del Concesionario solicitó el aplazamiento a la audiencia, solicitud a la que se accedió en el sentido de reprogramarla para el día 9 de diciembre de 2015, a las 10:00 a.m. en las mismas instalaciones.

El 9 de diciembre de 2015, a las diez de la mañana (10:00 a.m.) en las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, de conformidad con lo estipulado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y según citación remitida previamente, se hizo apertura de la audiencia moderada por la Gerencia de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura, a la cual se hicieron presentes: i) el apoderado del Concesionario, junto con la representante legal del mismo; y ii) la apoderada judicial de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, según consta en el acta de la misma fecha.

En desarrollo de lo previsto en el literal b) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a *"presentar las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista para el desarrollo de la actuación"*.

Para el efecto, se otorgó el uso de la palabra al apoderado judicial del Concesionario, quien rindió sus descargos, sustentados en que durante la vigencia del Contrato de Concesión Portuaria desde el año 2008, se ha venido prestando el servicio de manera continua y sin interrupción, por lo que la sociedad ha venido cumpliendo con el objeto y fin de dicho contrato.

Indicó que si bien existían unas obras de cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera que debían hacerse en el año 2012, lo cierto es que las mismas se hicieron en el año 2013, momento para el cual ya se contaba con los permisos para tales obras.

Por otra parte, en cuanto tiene que ver con la colocación de las boyas, aún no se cuenta con los permisos de la Capitanía de Puerto, los que deben indicar la ubicación de las boyas para que éstas cumplan con su finalidad; sin embargo, la ausencia de esa instalación no genera un impacto mayor para que el Puerto preste sus servicios, pues lo ha venido haciendo sin ningún inconveniente. Sin perjuicio de ello, sí deben instalarse las boyas.

En virtud de lo anterior, propuso la presentación de un Plan de Inversión de choque para lograr la colocación de las boyas, con la intervención de la Capitanía de Puerto (sin indicación del detalle de dicho plan).

En cuanto tiene que ver con las cifras como tal, no está de acuerdo con la afirmación contenida en los cargos, referente a que se hizo una inversión de alrededor de USD \$11.000 de USD\$40.000 que debía hacerse, porque se estaría hablando de un

21

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

incumplimiento del contrato sobre una cifra que va hasta el año 2021, en tanto que hasta el año 2015, la inversión debería ser de USD \$15.000.

Así, se ha llevado a cabo una ejecución de USD \$11.357 que corresponde a un 76% de cumplimiento, sin que se tenga en cuenta que el Concesionario ha hecho otras inversiones en cuantía de USD \$3.074, pero que no han sido aprobadas por la Agencia Nacional de Infraestructura, bien por no pertenecer al Plan de Inversiones o por no darle un mayor valor al activo, pero sí se aprobó una por valor de USD\$1.865, entonces sumadas se tendría un valor de USD\$13.100 que se acerca a las exigencias de USD\$15.000; y por ende, no debe quedarse en la sensación de que el incumplimiento es sobre los USD\$40.000, pues sí se han cumplido con las obligaciones en la medida de lo posible.

No obstante lo anterior, y buscando el cumplimiento contractual, se propone un Plan de Inversión de choque, para tener la instalación de la totalidad de las boyas antes de que venza el mes de enero de 2016, con los previos permisos de la Capitanía de Puerto, que suman USD\$5.000; además se propone un refuerzo de la cubierta de bodega adyacente por valor de USD\$1.000. Y se podrían adelantar las últimas actividades del año 2019, 2020 y 2021 consistente en el reforzamiento de los pilotes de la plataforma y del muelle, para empezar en el año 2017 con la primera actividad y terminar en el año 2019, lo que implica adelantar las obras 2 años, todo ello para demostrar que el Concesionario es colaborador de la administración, y que quiere apoyar los objetivos del contrato, que demuestran que quiere continuar como ejecutor del contrato.

Esta situación no ha afectado la operación del Puerto, pero también se han presentado hechos de terceros que no han permitido cumplir esas obligaciones en su tiempo (sin indicar específicamente cuáles y en qué condiciones).

Se presentan como pruebas las relacionadas con la operación del Puerto, la que por demás no se ha visto interrumpida, además de los soportes contables donde consta el dinero que ya se ha invertido, y la propuesta de Plan de Inversiones de choque.

En esa misma diligencia, según consta en el acta del día 9 de diciembre de 2015, se otorgó el uso de la palabra a la apoderada de la sociedad garante del Contrato, quien manifestó que la póliza 05GX000694, sobre la cual se pretende declarar el siniestro fue expedida el 13 de febrero de 2014, y por ende es posterior a los hechos que se acusan como constitutivos del incumplimiento, esto es, los acaecidos del año 2010, 2012 y 2013, que no son objeto de cobertura de esa póliza, en atención a que la esencia del contrato de seguro es amparar hechos futuros e inciertos, y por tal razón no es posible declarar el siniestro y hacer efectiva esa póliza frente a tales hechos. Por lo tanto, debe declararse la desvinculación de la aseguradora frente a los hechos anteriores al año 2014, pues no están cubiertos con la referida póliza.

Por otra parte, la Aseguradora apoya la presentación de un Plan de Inversiones de choque referente con la colocación de boyas, pero los que se tratan del año 2014, los que están dentro de la póliza.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

También recordó la Aseguradora que le corresponde a la entidad acreditar el incumplimiento del contrato, y además que tal incumplimiento sea imputable al contratista. Sin embargo, si la obligación se cumple parcialmente, debe tenerse en cuenta esa situación para efectos de reducir la sanción, o dicho en otros términos, debe darse plena aplicación al principio de proporcionalidad

También solicita la compensación, en el evento que la entidad decida declarar el incumplimiento del contrato, una vez se haya aplicado la proporcionalidad y los cortes de obra, deben compensarse las obligaciones si hay sumas a favor del contratista.

En esa misma diligencia se ordenó la incorporación de las pruebas documentales allegadas por el Concesionario; sin embargo, las mismas fueron allegadas por medio electrónico al Buzón Judicial de la entidad. La audiencia se suspendió.

b. De las pruebas que se tendrán en cuenta para la calificación de los hechos soporte del incumplimiento

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que establece que evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista soportado por el informe de interventoría o de supervisión, procede el trámite sancionatorio, la Agencia determinará los hechos probados que se acreditan con las pruebas allegadas al plenario.

Del informe de la Supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, contenido en el memorando con radicación ANI No. 2015-303-010369-3 de 8 de septiembre de 2015.

La Supervisión del Contrato, en atención a sus funciones de vigilancia por el estricto cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, solicitó iniciar el procedimiento administrativo sancionatorio correspondiente para llegar a la imposición de multa, conforme lo prevé el numeral 18.10 de la Cláusula Décima Octava del mismo Contrato, por incumplimiento a lo previsto en los numerales 15.33 y 15.21 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Concesión No. 002 de 2008.

En efecto, del referido informe y sus documentos anexos se puede determinar que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., no ha dado cumplimiento cabal y estricto al Plan de Inversiones contenido en la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, pues, por una parte, el cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera era una obra que debió realizarse en el año 2012 por valor de USD\$10.000, pero que se realizó en el año 2013; y por otra, no ha realizado la colocación de boyas, obra que debió ejecutarse en 3 etapas, así: i) año 2010 por

“Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro”

valor de USD\$1.500; ii) año 2012 por valor de USD\$1.500; y año 2014 por la suma de USD\$2.000.

Conforme lo anterior, la Agencia considera que este informe presentado por la Supervisión da cuenta de un incumplimiento manifiesto de Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. en el Plan de Inversiones correspondiente a los años 2010, 2012 y 2014 frente a la colocación de boyas, en tanto que se tratan de obligaciones que la misma sociedad ha reconocido que está en mora de cumplir; sin embargo, de una vez se anticipa que la actividad Cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera, ejecutada en el año 2013, no constituye incumplimiento.

Debe tenerse en cuenta que las manifestaciones invocadas en el informe bajo análisis están debidamente soportadas y documentadas con los escritos, comunicaciones, y oficios de las partes del Contrato, señaladas en el contenido del informe.

Es claro que este medio de prueba da cuenta del desarrollo del Contrato, con especial énfasis en el cumplimiento del Plan de Inversiones, lo que demuestra en sí mismo, como documento declarativo una evidencia probatoria de incumplimiento.

De las demás pruebas de incumplimiento.

La Agencia Nacional de Infraestructura ha tomado en consideración los documentos e informaciones que acompañan los informes atrás referidos, al igual que los aportados por el Concesionario como pruebas documentales.

Igualmente, se tiene demostrado que los hechos, comunicaciones, oficios, actos administrativos contractuales, que la Supervisión, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Contratista y su Aseguradora, han indicado y aportado en desarrollo del proceso sancionatorio son reconocidos por las partes, y ninguno ha sido tachado o puesto en duda.

Finalmente, se debe dejar constancia que las partes del proceso convocadas, Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. y Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, han contado con las oportunidades procesales y administrativas para controvertir y confrontar las pruebas, y para aportar los medios de convicción que estimaran pertinentes para sustentar su defensa, en la medida en que durante toda la actuación administrativa, el expediente administrativo ha estado a completa disposición de las partes para lo que a bien consideren.

c. De los hechos probados que fundamentan la decisión

Cargo único: incumplimiento de la obligación contractual de cumplir con el Plan de Inversiones correspondiente a los años 2010, 2012 y 2014

W

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

contenido en la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008.

Se tiene que al Concesionario se le imputa un único cargo, referente a incumplir la obligación contractual de cumplir con el Plan de Inversiones correspondiente a los años 2010, 2012 y 2014 contenido en la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, que representa el incumplimiento de los numerales 15.33 y 15.21 de la Cláusula Décima Quinta de ese mismo Contrato.

El 30 de diciembre de 2008, el otrora Instituto Nacional de Concesiones – INCO, y la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, el cual tiene por objeto que esa entidad *"otorga formalmente una concesión portuaria al CONCESIONARIO, para el uso y goce en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, de un sector de playa denominado Punta de las Vacas, frente a la Bahía de Turbo, Municipio de Turbo, Departamento de Antioquia, para la operación y mantenimiento del muelle existente, destinado al recibo y despacho de combustibles, por el término de veinte (20) años a cabio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este Contrato"*.

En la Cláusula Séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se dispuso el Plan de Inversiones en los siguientes términos:

PLAN DE INVERSIONES			
DESCRIPCIÓN	AÑO EJECUCIÓN		VALOR ESTIMADO EN DÓLARES AMERICANOS
Cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera	2012		US \$ 10.000
Reforzamiento de los pilotes de la plataforma y del Muelle	2019		US \$ 10.000
	2020		US \$ 10.000
	2021		US \$ 5.000
Colocación de Boyas	2010		US \$ 1.500
	2012		US \$ 1.500
	2014		US \$ 2.000
TOTAL INVERSIONES			US \$ 40.000

Según el informe de la Supervisión del Contrato, a la fecha, el Concesionario no ha cumplido con el Plan de Inversión correspondiente a la colocación de boyas, obras que debían realizarse en los años 2010, 2012 y 2014, en tanto que la obra de cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera que debía hacerla en el año 2012, la hizo en el año 2013.

En efecto, la misma sociedad concesionaria ha reconocido que no ha llevado a cabo tales obras, obligación que se encuentra establecida en las normas contractuales x.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

antes indicadas, esto es, los numerales 15.33 y 15.21 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Concesión Portuaria 002 de 2008.

3. De las normas infringidas con los hechos probados.

Las circunstancias fácticas antes descritas, probadas en este procedimiento administrativo sancionatorio, dan cuenta de la infracción de las siguientes disposiciones contractuales:

Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, Cláusula Décima Quinta, numerales 15.21 y 15.33, cuyo tenor literal es el siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. EL CONCESIONARIO se obliga para con EL INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial las siguientes:

(...)

15.21. Será responsabilidad de EL CONCESIONARIO, invertir de su propio nombre y a su cargo en infraestructura portuaria y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.

(...)

15.33. Realizar las inversiones objeto del Plan presentado el cual hace parte integral del presente contrato.

(...)"

4. De la decisión final de sanción y su correspondiente fundamentación.

a. Competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura.

El numeral 2º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, establece que para la consecución de los fines de que trata el artículo 3 de esa misma Ley, las Entidades Estatales adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar.

Por su parte, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 determina, entre otras, que el debido proceso en un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales; de igual forma, que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tienen la facultad para declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el Contrato.

La Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 dispone el procedimiento que deben adoptar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Pública para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios del mismo-, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, y hacer efectiva la cláusula penal; en consecuencia, con lo señalado en el artículo 5.1.13 del Decreto 734 de 2012.

De conformidad con el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones - INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, denominada Agencia Nacional de Infraestructura, perteneciente al sector descentralizado, adscrita al Ministerio de Transporte con personería jurídica, patrimonio propio, y autonomía administrativa y financiera.

En el artículo 11, numeral 8 de ese Decreto, y según lo dispuesto en la Resolución 475 de 24 de agosto de 2012, serán funciones del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras, la de *"orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y, en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias"*.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 506 del 07 de abril de 2016, el Vicepresidente de Gestión Contractual, tiene la competencia para adoptar la decisión de los procedimientos administrativos cuya solicitud provenga de la Vicepresidencia a su cargo, tal como quedó estipulado en el artículo primero de la referida Resolución que dispone:

"ARTÍCULO PRIMERO: Delegar en el Vicepresidente de Gestión Contractual y en el Vicepresidente Ejecutivo de esta Agencia, según sea el caso, la función de adoptar la decisión de fondo dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios que tramita la Gerencia de Defensa Judicial de esta Agencia, según el Proyecto o Contrato sobre el cual verse el presunto incumplimiento contractual y la solicitud de inicio de dicho procedimiento."

En tales condiciones, en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., esta entidad tiene la competencia, en cabeza de su Presidente o de quien éste delegue, para declarar incumplimientos contractuales, así como la de imponer multas, hacer efectiva una cláusula penal, declarar un siniestro, y decretar perjuicios, según sea el caso.

b. De los descargos formulados por el Concesionario y su respuesta por parte de esta Agencia.

Tal como se advirtió en precedencia y según consta en el Acta de fecha 09 de diciembre 2015, la defensa del Concesionario se centra afirmar que el tiempo que ha transcurrido de ejecución del contrato no ha tenido ningún inconveniente, a

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

pesar de no haberse ejecutado algunas obras, las que reconoce estar en mora de hacerlas. De igual manera, manifiesta que las obras que debían hacerse en el año 2012 no se hicieron porque en ese momento no se contaban con los permisos necesarios, pero una vez ellos se obtuvieron se procedió a llevar a cabo las obras, lo que ocurrió en el año 2013. Así mismo, indicó que se presentaron hechos de terceros que afectaron la ejecución de esas obras o el cumplimiento del Plan de Inversiones.

De igual manera, el Contratista reconoce que está en mora de cumplir con la obligación de colocación de boyas, las que se habían programado para los años 2010, 2012 y 2014, proponiendo incluso un Plan de Inversiones de choque, con el cual propone cumplir esa obligación en el mes de enero de 2016, así como anticipar unas obras que estaban programadas para los años 2019 a 2021, adelantando 2 años su ejecución.

El apoderado de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. manifiesta que no debe indicarse que su incumplimiento es sobre USD\$40.000 pues tal suma va hasta el 2021, en tanto que hasta el año 2015 debieron haberse ejecutado apenas USD\$15.000, de los cuales indicó haber cumplido un poco más de USD\$13.000, pero que está dispuesto a cumplir incluso ofreciéndose a adelantar unas obras, tal como se indicó en precedencia.

Frente a los diversos argumentos que expuso el Concesionario en sus descargos, procede esta Agencia a pronunciarse sobre ellos en los siguientes términos:

El apoderado de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., indicó que en lo que ha transcurrido de ejecución del contrato, el mismo no ha tenido inconvenientes, pues a pesar de no haber cumplido con algunas de las obras del Plan de Inversiones, ello no ha generado un impacto mayor.

En este aspecto, es indispensable señalar que si bien el Contratista puede entender subjetivamente que no se encuentra incumplido, o que su incumplimiento no tiene un impacto mayor en la ejecución del contrato, tal circunstancia no elimina la obligación de vigilancia y control del Contrato, con base en lo pactado bilateralmente del contrato, pues ésta es una posición individual y particular del contratista privado.

El contrato estatal presenta fines distintos en los que la pretensión individual del contratista particular no puede eliminar de entrada la exigibilidad de las obligaciones pactadas en el contrato. El caso contrario significaría la eliminación de las facultades de control de la Entidad, en todos los eventos en que el contratista esté en desacuerdo con las obligaciones asumidas libremente en el contrato estatal.

En este aspecto adviértase que la facultad de la administración de definir unilateralmente si el contratista está incumplido, es una prerrogativa especial en la contratación administrativa, poniendo a la Administración contratante en una posición preferente, bajo el concepto de garantía y eficiente prestación del servicio público.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

En la contratación estatal siempre el órgano estatal buscará efectuar actos negociales para un bien superior, que es el interés general y la adecuada prestación del servicio público, pero no en el entendido de buscar un lucro privado o satisfacción unilateral, así que el negocio jurídico estatal siempre debe evaluarse en un nivel vertical de protección al bien común, y no horizontal como podría acontecer con los contratos celebrados entre particulares.

Ahora bien, debe precisarse la naturaleza del Contrato de Concesión estatal, y su primordial diferencia con los demás contratos públicos, en especial de obra pública, referente a la distribución y asignación de riesgos.

Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 4º, son contratos de concesión los que celebran las entidades estatales con el objeto de otorgar a una persona llamada Concesionario la prestación, operación explotación, organización o gestión, total o parcial, de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial, de una obra o bien destinados al servicio o uso público, así como todas aquellas actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio por cuenta y riesgo del Concesionario y bajo la vigilancia y control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden.

El concepto de riesgo para la definición legal del Contrato de Concesión Portuaria corresponde a la probabilidad de observar una desviación, positiva o negativa, en el comportamiento de una variable respecto de los **posibles resultados esperados**.

Para este entendimiento y en especial el caso que define esta Agencia en su calidad de Entidad Concedente, es indispensable analizar un riesgo típico de los Contratos de Concesión estatal portuaria.

En consecuencia, la evaluación del cumplimiento de las obligaciones contractuales en un negocio estatal de concesión se deben acompañar a la asignación de riesgos, pues por la naturaleza propia de este tipo de contratos estatales y su desarrollo de trazo sucesivo, los eventos extraños o que afectan el desarrollo del contrato están previstos desde la oferta del contrato, para analizar su posible impacto en su desarrollo normal.

Esto se refleja igualmente en que el Contrato de Concesión Portuaria se desarrolla en un sentido general o global, bajo el riesgo del Concesionario, quien al suscribir el Contrato asume el cumplimiento de sus obligaciones bajo los posibles riesgos que puedan ocurrir, lo que genera que si uno de estos riesgos es activado y corresponde de aquellos que está asignado al Contratista particular, la excusa de su incumplimiento no se puede fundamentar exclusivamente en la ocurrencia de estos riesgos previsibles y aceptados al suscribir el contrato.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Así, por medio de esta asignación de riesgos, las partes buscaron identificar todas las situaciones que pudieran afectar la ejecución del contrato, que generaran dificultades en el desarrollo de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes deberá soportar sus consecuencias. De tal suerte que, "[/]as partes prevén, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte (...)"².

En consecuencia, no basta para el Contratista excusarse en una causa ajena a su diligencia, sino que deberá ponderar el ajuste con su asunción de riesgos, en la medida en que el cumplimiento de sus obligaciones presenta una especial atención al efectuarse bajo su cuenta y riesgo.

Visto lo anterior, la Agencia pone de presente que el mismo Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008 establece sus riesgos, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA TRIGÉSIMA. RIESGOS. Por ser este un proyecto a ser desarrollado por iniciativa del CONCESIONARIO, es claro que la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del mismo en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de reversión, serán asumidos por EL CONCESIONARIO, 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 de instalaciones portuarias, higiene y seguridad industrial".

De la anterior disposición contractual se tiene que, sin duda alguna, la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008 deben ser asumidos por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. y por ende, no puede tenerse como válido cualquier argumento dirigido a señalar que el incumplimiento se generó en situaciones imprevisibles o por causa de terceros.

Ahora bien, el Contratista argumentó en sus descargos que se presentaron hechos de terceros que afectaron el cumplimiento del Plan de Inversiones; sin embargo, no

² Benavides, José Luis, «Los riesgos contractuales en Contratación Estatal», en Jaime O. Santofimio, José L. Benavides (dir.), Estudios sobre la reforma del estatuto contractual (L-1150/07), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

hizo ninguna indicación específica de las condiciones de tiempo, modo y lugar, en virtud de las cuales pretende desentenderse de su responsabilidad al interior del referido Contrato, argumentando que debido a actuación de terceros no pudo cumplir con su obligación contenida en el Plan de Inversiones, sino que sólo hizo referencia a los trámites ante la DIMAR, sin mayor explicación a profundidad. Este argumento no es de recibo para esta entidad.

Por otra parte, debe hacerse una indicación precisa sobre los hechos que fueron objeto de investigación dentro de este procedimiento administrativo sancionatorio.

En primer lugar se tiene que dentro de la solicitud de inicio y en la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se indicó como un presunto incumplimiento que el Contratista no llevó a cabo las obras de cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera dentro del tiempo o plazo establecido en el Plan de Inversiones, esto es, en el año 2012, sino que lo hizo hasta el año 2013, momento para el cual manifestó haber contado con el permiso respectivo.

Sobre este presunto incumplimiento, esta Agencia advierte que el procedimiento administrativo sancionatorio que se adelanta en virtud de lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es la manifestación de la potestad sancionatoria de la administración, que tiene su génesis en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007³, disposición en virtud de la cual las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación, como es el caso de la Agencia Nacional de Infraestructura, tienen la facultad de imponer las multas que hayan sido pactada contractualmente, con el propósito de conminar al contratista para que cumpla el contrato estatal; esta facultad se materializa previo el trámite de un procedimiento administrativo sancionatorio en el que debe garantizarse el debido proceso del contratista, pero que procede *"solo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"*. En tal sentido, se tiene que no hay lugar a declaratoria de responsabilidad y/o a imposición de multa alguna cuando se encuentre que el contratista ha cumplido con sus obligaciones, como es el caso de las referentes a las obras de cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera, las que si bien debieron realizarse en el año 2012, se llevaron a cabo un año después, en el

³ Artículo 17. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

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

Parágrafo transitorio. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

año 2013, en atención a que para su ejecución se requerían permisos, los que sólo pudieron obtenerse en este último año. Entonces, esta actuación no tendrá ningún reproche por parte de esta Entidad, así como no se hará ningún pronunciamiento adicional, habida cuenta que el incumplimiento no se consolidó, en la medida en que las obras finalmente se realizaron en el año 2012.

En segundo lugar, se tiene como otro hecho reprochado que a la fecha no se ha cumplido con la obra de colocación de boyas, la que debió llevarse a cabo en 3 momentos, a saber: i) en el año 2010, por valor de USD \$1.500; ii) en el año 2012, por valor de USD\$1.500; y iii) en el año 2014, por valor de USD\$2.000. Frente a esta obligación es relevante advertir que si bien se tratan de actuaciones programadas para realizarse en los años 2010, 2012 y 2014, el mismo Contratista reconoce que se encuentra en mora de hacerlas, esto es, el Concesionario admite que se trata de una obligación que se encuentra vigente, a tal punto, inclusive, que al ser citado a este procedimiento administrativo sancionatorio manifestó que podría llevarlas a cabo en el mes de enero de 2016, lo que finalmente no hizo.

En ese contexto, frente a esta situación, es del caso poner de presente que la facultad sancionatoria la ejerce la administración frente a hechos, conductas u omisiones, que para este caso concreto, llevan a cabo los contratistas con ocasión del contrato estatal que han suscrito, al propio tiempo que debe entenderse que se trata de dos tipos de conductas, acciones u omisiones, las instantáneas y las continuadas. En este caso, se tiene que el comportamiento reprochable del Concesionario tiene la naturaleza de ser continuada, en la medida en que ha sido una omisión que ha perdurado en el tiempo, pues, por una parte, se trata de obras que debieron efectuarse en 3 etapas o momentos, y por otra, él mismo ha reconocido que se trata de obligación que se encuentra vigente.

Entonces, la obligación de la colocación de boyas descrita en el Plan de Inversiones tiene la naturaleza de ser una actuación continuada, que para la fecha no ha cesado, o no se ha llevado a cabo la acción consistente precisamente en la colocación de boyas, así la omisión en su construcción se constituye como una conducta continuada que sigue manteniéndose como susceptible de sanción por parte de la administración pública, a pesar de que se trate de una obligación vigente desde el año 2010 pero que debió realizarse en 3 momentos, año 2010, año 2012 y año 2014. Así las cosas, esta Agencia encuentra que para este momento cuenta con la facultad para investigar e imponer una eventual sanción de carácter administrativo y pecuniario.

En este contexto, es pertinente hacer una referencia a la facultad sancionatoria de la administración en el escenario del contrato estatal, entendida ésta como una atribución de la administración para efectos de una autoprotección, en la medida en que contribuye a preservar el orden jurídico institucional, a través de la asignación de competencias administrativas que habilitan la imposición de una disciplina cuya observancia contribuye indudablemente a la realización de los cometidos estatales⁴.

⁴ Corte Constitucional, sentencia C-214 de 1994.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Ahora bien, teniendo entonces claridad frente a la facultad con que cuenta esta Agencia para decidir e imponer sanciones administrativas frente al incumplimiento contractual de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., del Plan de Inversión en cuanto tiene que ver con la colocación de boyas, al propio tiempo que no puede afirmarse que el transcurso del tiempo haya generado una pérdida de facultad sancionatoria, se procederá a analizar los demás argumentos de defensa que fueron expuestos por el Concesionario en sus descargos.

El apoderado del Contratista en su intervención manifestó la intención de su poderdante de presentar lo que denominó "*Plan de Inversión de choque*", en virtud del cual pretendía llegar al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Frente a ese "*plan*", que consistía básicamente en colocar las boyas en el mes de enero de 2016, y anticipar para el año 2017, las obras que debían iniciar en el año 2019, esta Agencia encuentra que, a pesar de los documentos aportados por él con sus descargos, referentes a documentos que se habían tramitado ante la DIMAR, trazabilidad de comunicaciones frente al cumplimiento del Plan de Inversiones, cuadros de Excel que contienen proyecciones de inversión, etcétera, no es allegado ningún tipo de estudio técnico que sustente la necesidad de modificar el cronograma de ejecución, y por tanto, tal solicitud se tiene como incompleta desde el punto de vista técnico.

Sobre este punto, debe indicarse que la Cláusula Séptima del Contrato en su Parágrafo establece la posibilidad de modificar el Plan de Inversiones, en los siguientes términos:

"CLÁUSULA SÉPTIMA:

(...)

PARÁGRAFO.- En el evento que el concesionario solicite modificación del plan de inversiones aprobado 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 12% anual. Para este efecto el VP de las inversiones es de **CATORCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE DÓLARES CON TREINTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US 14.379,37)**. La inversión total proyectada durante los 20 años de la concesión es de **CUARENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$40.000,00)**, en términos corrientes. **PARÁGRAFO PRIMERO:** El cronograma y plan de inversión propuesto por EL CONCESIONARIO, podrá ser revisado entre las partes, modificar prioridades en el tiempo de ejecución, adicionar las inversiones, reemplazar obras, y en general efectuar los ajustes que se requieran, para lo cual deberá contar con la autorización escrita de EL INCO, a través

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

del Subgerente de Gestión Contractual⁵, quien en todo caso la autorizará previo estudio técnico y financiero que sustente la conveniencia de efectuar la modificación de que se trate, teniendo en cuenta entre otros factores: el tipo de obra, cambios y avances tecnológicos, valor de las obras, las necesidades del puerto".

De la disposición contractual transcrita se evidencia, sin lugar a dudas, que una modificación al Plan de Inversiones, debe adelantarse por un trámite contractual previamente establecido, y que claramente conocía el Concesionario; sin embargo, no dio cumplimiento a dichas estipulaciones contractuales, pues, si bien presentó en este procedimiento administrativo sancionatorio una propuesta de modificación de dicho Plan, o "*Plan de Inversión de choque*", sin que éste sea el escenario propicio para tal fin, lo cierto es que los documentos allegados como soporte o prueba de su solicitud no tienen el contenido y alcance para llegar a admitir que su propuesta es viable y favorable para continuar con la debida ejecución del contrato, y además entender como superado el incumplimiento.

Además, el Contratista también propuso ejecutar el refuerzo de la cubierta de la bodega en la zona adyacente en el transcurso del año 2016 y llevar a cabo actividades de Equipo de vigilancia e instalaciones de topes de muelle, pero estas actividades no están contenidas en el Plan de Inversiones, pero que podría incluirse si se hubiese aportado el estudio técnico que sustentara su necesidad, lo que no ocurrió. Lo mismo ocurre con el adelantamiento en la ejecución del reforzamiento de pilotes de la plataforma y el muelle (obras planeadas para iniciar en el año 2019), ya que de ninguna forma se justificó la necesidad de adelantar esas obras.

Entonces, lo que entiende esta Agencia es que la supuesta modificación al Plan de Inversiones que fue presentada por el Concesionario como una salida fácil al verse inmerso en este procedimiento administrativo sancionatorio, sin que exista el estudio técnico y financiero que sustente la conveniencia de efectuar la modificación.

Ahora bien, desde la fecha en que se instaló la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al día de hoy, se tiene que, a pesar de las múltiples manifestaciones hechas por el Concesionario al momento de rendir sus descargos, éste no adelantó ninguna actuación tendiente al cumplimiento del Plan de Inversiones, pues había dicho que colocaría las boyas en el mes de enero de 2016, y ello finalmente no ocurrió.

En consecuencia, los argumentos de defensa expuestos por el Concesionario no tienen vocación de prosperar para efectos de lograr eximirse de una declaratoria de incumplimiento, y por tanto, se tiene que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. incurrió en el incumplimiento contractual de los numerales 15.33 y 15.21 de la Cláusula Décima Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, pues

⁵ Entendido este funcionario hoy día como el Vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura, debido a lo previsto en el Decreto 4165 de 2011.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

no llevó a cabo las obras de colocación de boyas previstas para realizarse en los años 2010, 2012 y 2014 en el Plan de Inversiones, sin perjuicio de haber reconocido que al día de hoy se encuentran como exigibles, además de haber propuesto realizarlas en el mes de enero de 2016, lo que finalmente no hizo.

c. De los descargos de la garante y su respuesta por parte de esta Agencia.

Frente a los descargos rendidos por la apoderada judicial de la compañía garante, se recuerda que consistían en que la póliza 05GX000694, sobre la cual se pretende declarar el siniestro fue expedida el 13 de febrero de 2014, y por ende es posterior a los hechos que se acusan como constitutivos del incumplimiento, esto es, los acaecidos del año 2010, 2012 y 2013, que no son objeto de cobertura de esa póliza. Por lo tanto, en atención a esa situación debe declararse la desvinculación de la aseguradora frente a los hechos anteriores al año 2014, pues no están cubiertos con la referida póliza.

Por otra parte, la Aseguradora apoya la presentación de un Plan de Inversiones de choque referente con la colocación de boyas, pero los que se tratan del año 2014, que están dentro de la póliza.

También recordó la Aseguradora que le corresponde a la entidad acreditar el incumplimiento del contrato, y además que tal incumplimiento sea imputable al contratista. Sin embargo, si la obligación se cumple parcialmente, debe tenerse en cuenta esa situación para efectos de reducir la sanción, o dicho en otros términos, debe darse plena aplicación al principio de proporcionalidad

También solicita la compensación, en el evento que la entidad decida declarar el incumplimiento del contrato, una vez se haya aplicado la proporcionalidad y los cortes de obra, deben compensarse las obligaciones si hay sumas a favor del contratista.

En atención a estos argumentos de defensa, esta Agencia encuentra que efectivamente la póliza 05GX000694, sobre la cual se pretende declarar el siniestro, fue expedida el 2 de septiembre de 2014, razón por la cual no es posible hacerla efectiva frente a los incumplimientos referentes a las obras que debían realizarse en el año 2010 y 2012, más sí se hará efectiva dicha garantía por el valor de las obras correspondientes al año 2014, esto es, la suma de dos mil dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD\$2.000).

Por otra parte, se tiene como demostrado el incumplimiento contractual en que ha incurrido la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., al no llevar a cabo el Plan de Inversiones correspondiente a las obras de colocación de boyas, por lo que, en los términos descritos por la aseguradora, se acreditó el incumplimiento y éste es imputable al Contratista.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Frente a la solicitud de aplicación de los principios de proporcionalidad y compensación, se tiene, por una parte, que las reglas establecidas contractualmente referentes a la imposición de multas, atienen el principio de proporcionalidad, en la medida en que demuestran un equilibrio frente a la conducta objeto de sanción y su consecuente sanción; y por otra, no es posible compensar dineros en la medida en que no existen sumas a favor del contratista, precisamente porque la conducta sancionada es no haber llevado a cabo obras.

En conclusión, se accederá parcialmente a los argumentos expuestos por la garante, en cuanto tienen que ver con la declaratoria del siniestro de forma parcial, o dicho en otros términos, solo frente a las obligaciones que debían cumplirse en el año 2014.

d. De la imposición de la multa, tasación del valor de la misma, y definición de afectación de seguro.

Conforme a lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura resuelve declarar el incumplimiento de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., de las obligaciones contractuales establecidas en los numerales 15.33 y 15.21 de la Cláusula Décimo Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008.

En consecuencia, procede la imposición de multa de conformidad con el numeral 18.10 de la Cláusula Décima Octava del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, cuyo tenor literal es el siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA OCTAVA. MULTAS Y SANCIONES. A EL CONCESIONARIO, se le podrá imponer las siguientes multas y sanciones, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley y que corresponde aplicar a la Superintendencia de Puertos y Transporte, o quien haga sus veces:

(...)

18.10. Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en la Cláusula Décima Quinta y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente cláusula se impondrá una multa equivalente al 5% del valor de la contraprestación anual

(...)"

Con base en lo anterior, previo a la cuantificación de la multa, es pertinente hacer las siguientes precisiones:

Sobre la información contenida en las pruebas allegadas por el Concesionario, referente a las inversiones ejecutadas hasta la fecha y su propuesta, se tienen las siguientes observaciones:

Análisis Inversiones Ejecutadas según el Concesionario

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

AÑO	PLAN DE INVERSIONES CONTRATO 002 DE 2008	Cuantía	Cuantía ejecutada	Obligaciones a la fecha (Diciembre de 2015)	Cumplimiento de obligaciones reconocidas por la ANI	Faltante	Motivo del retraso
2010	1. Colocación de boyas	\$ 1.500,00		\$1.500,00			Capitanía de puerto
2012	1.Colocación de boyas	\$ 1.500,00		\$1.500,00			Capitanía de puerto
	2. Cambio de cubierta de la bodega en la zona adyacente	\$ 10.000,00	\$ 2.929	\$ 10.000	\$2.929		Permisos
	2. (Reparación Techo Muelle)2012		\$ 8.429		\$8.429		
	2. (Reparación Techo Muelle) 2014 (Reparación)		\$410				
2014	1. Colocación de boyas	\$ 2.000,00		\$2.000,00			Capitanía de puerto
2019	3. Reforzamiento de pilotes de la plataforma y del muelle	\$ 10.000,00					
2020	3. Reforzamiento de pilotes de la plataforma y del muelle	\$ 10.000,00					
2021	3. Reforzamiento de pilotes de la plataforma y del muelle	\$ 5.000,00					
TOTAL		\$ 40.000,00	\$ 17.768				
OTRAS INVERSIONES							
2012	4. Equipo de vigilancia	\$1.865	\$1.865				
2014	4. Instalaciones topes de muelle	\$ 798	\$798				
2014	4. Reparación techo muelle	\$ 410	\$410				
TOTAL			\$ 3.073	\$15.000,00	\$ 11.357,85	\$ 3.642,15	
PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO SIN INVERSIONES ADICIONALES					76%	\$2.744	VP
INVERSIÓN TOTAL					\$ 14.431,64		
PORCENTAJE DE CUMPLIMIENTO CON INVERSIONES ADICIONALES					96%		

Fuente: Sociedad Portuaria Punta de Vaca

Propuesta del Concesionario

AÑO	CRONOGRAMA PROPUESTO	Cuantía
2016-1	Colocación de boyas	\$ 5.000,00
2016-1	Refuerzo cubierta de la bodega en la zona adyacente	\$ 1.000,00
2017	1. Reforzamiento de pilotes de la plataforma y del muelle	
2018	1. Reforzamiento de pilotes de la plataforma y del muelle	
2019	1. Reforzamiento de pilotes de la plataforma y del muelle	

Fuente: Sociedad Portuaria Punta de Vaca

Observaciones:

- Colocación de boyas: establecen como motivo del retraso "capitanía de puerto", sobre el particular la Gerencia Asesoría Legal 1 de Gestión Contractual indica que las pruebas son insuficientes para demostrar que la omisión en el cumplimiento de la obligación contractual fue ocasionada por demoras en el pronunciamiento de la DIMAR para la colocación de las boyas. De acuerdo con el numeral 15.26 de la Cláusula 15 del Contrato de Concesión No. 002 de 2008, al contratista le corresponde tramitar y obtener todas las licencias y permisos necesarios para desarrollar las actividades del contrato. El Concesionario no cumple con la carga de la prueba de demostrar que el incumplimiento es causado por terceros o derivados de hechos eximentes de responsabilidad como fuerza mayor o caso fortuito.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Desde el punto de vista financiero, se encuentra que no hay registros contables de esta inversión, es decir no se cumple con la obligación contractual que se tenía prevista para los años 2010, 2012 y 2014. Además, la propuesta de USD\$5.000 en el año 2016, no alcanza a cubrir el valor presente de la inversión al año 9 global ni por actividad.

2. Cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera: la Sociedad Portuaria establece que la ejecución de esta inversión no se realizó en el año 2012 como estaba establecido contractualmente, por tema de permisos, sin embargo en el año 2013 se ejecutó por valores de USD\$2929, USD\$8429 y USD\$410, es decir en total suman USD\$11.768. Al validar esta información es pertinente aclarar que dentro de las pruebas aportadas no se encuentra soporte sobre la "Reparación techo muelle por \$410", y tampoco en las comunicaciones obrantes en el expediente del contrato de concesión que soportan las inversiones de capital privado en bienes de uso público, por lo cual desde el punto de vista técnico no se aprobó la inversión de USD\$410, por lo cual para la entidad solo se ha ejecutado con cargo al plan de inversiones USD\$11.358.
3. Reforzamiento de los pilotes de la plataforma y del Muelle: En relación con esta actividad y como lo indica el análisis presentado, a la fecha no se ha realizado ningún tipo de inversión. Además, el Concesionario propone el adelantamiento del cronograma contractual, sin aportar ningún tipo de estudio técnico que sustente su necesidad, no se relaciona el valor a ejecutar cada año ni se soporta en debida forma.
4. "Otras Inversiones": El concesionario presenta unos nuevos conceptos de inversión respecto de los cuales se encuentra lo siguiente:
 - a. Equipo de vigilancia: Esta actividad no se encuentra establecida en el Plan de inversiones contractual, por lo cual no se podría validar como cumplimiento del mismo.
 - b. Instalaciones topes de muelle: Esta actividad no se encuentra establecida en el Plan de inversiones contractual, por lo cual no se podría validar como cumplimiento del mismo.
 - c. Reparación techo muelle: mediante comunicación No. 2014-308-016683-1 del 3 de septiembre de 2014 se indicó estas actividades no se consideraban como una inversión que haga parte del Plan de inversiones y no se podría validar como cumplimiento del mismo.

Es importante indicar que el cronograma presentado por la Sociedad Portuaria no corresponde a una propuesta formal para la modificación del Plan de inversiones, de igual manera no se encuentra soportado con los correspondientes estudios técnicos y financieros.

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Así las cosas, aunque la sociedad portuaria reporta que sólo tendría pendiente por ejecutar USD\$3.642,15 (Columna "Faltante"), se sigue considerando que existe un incumplimiento así:

A. El valor ejecutado y que puede ser reconocido como plan de inversiones a 31 de diciembre de 2015 fecha corresponde al siguiente detalle:

Detalle	INVERSIONES SEGUN REPORTE DE INVERSION								
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	VPN
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8	Por actividad 2008 a 2015
Cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera		-	-	-	-	11.357,93	-	-	5.754,28
Reforzamiento de los pilotes de la plataforma y del Muelle		-	-	-	-	-	-	-	-
Colocación de boyas		-	-	-	-	-	-	-	-
TOTAL		-	-	-	-	11.357,93	-	-	5.754,28

VPN 2008-2014	\$5.754,28
----------------------	------------

B. El valor contractual que debería llevar a la fecha asciende a lo siguiente:

Detalle	INVERSIONES SEGUN CONTRATO DE CONCESION									
	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	VPN	Subtotal
	Año 1	Año 2	Año 3	Año 4	Año 5	Año 6	Año 7	Año 8	Por actividad 2008 a 2015	Corrientes 2008-2015
Cambio de cubierta de la bodega adyacente a la zona costera	-	-	-	-	10.000,00	-	-	-	5.674,27	10.000,00
Reforzamiento de los pilotes de la plataforma y del Muelle	-	-	-	-	-	-	-	-	-	-
Colocación de boyas	-	-	1.500,00	-	1.500,00	-	2.000,00	-	2.823,51	5.000,00
TOTAL CORRIENTES	-	-	1.500,00	-	11.500,00	-	2.000,00	-	8.497,78	15.000,00

VPN (2008-2014)	\$8.497,78
------------------------	------------

Observándose así un valor menor ejecutado a la fecha en dólares corrientes de USD 3.642,07 (USD15.000 - USD11.357,93) equivalente en valor presente a USD 2.743,50.

Ahora bien, para efectos de la tasación de la multa, y según lo previsto en la Cláusula Décima Octava, numeral 18.10, según la cual el 5% se debe aplicar al valor total anual de la contraprestación (tanto de la zona de uso público como de la infraestructura), establecida en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se tiene que el valor de la Contraprestación por Zona de Uso Público es la siguiente:

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

"CLÁUSULA OCTAVA. ARTÍCULO DÉCIMO: 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 PORTUARIA PUNTA DE VACA S.A. Para todos los efectos, el valor del contrato de concesión será la suma de SETENTA Y NUEVE MIL OCHOSCIENTOS DIECIOCHO DÓLARES CON TREINTA Y CUATRO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$79.818,34). CONTRAPRESTACIÓN POR EL USO Y GOCE TEMPORAL Y EXCLUSIVO DE LAS PLAYAS, TERRENOS DE BAJAMAR Y ZONAS ACCESORIAS DE USO PÚBLICO. La SOCIEDAD PORTUARIA PUNTA DE VACA S.A., pagará por el uso temporal y exclusivo de la zona de uso público otorgada mediante Resolución N° 616 del 30 de diciembre de 2005, la suma de CUARENTA Y UN MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN DOLARES CON SESENTA Y CINCO CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$41.981,65) 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 CINCO MIL DIECIOCHO DÓLARES CON VEINTISEIS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$5.018,26), 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.

(...)

CONTRAPRESTACIÓN POR INFRAESTRUCTURA. La SOCIEDAD PUNTA DE VACA S.A., pagará de contraprestación por infraestructura la suma de TREINTA Y SIETE MIL OCHOSCIENTOS TREINTA Y SEIS DÓLARES CON SESENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$37.836,69) 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 CUATRO MIL QUINIENTOS VEINTIDÓS DÓLARES CON SETENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA (US\$4.522,79) liquidadas 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,

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

dentro de los cinco (5) primeros días siguientes a la fecha de inicio de la anualidad. (...)"

Para lo cual, teniendo en cuenta los dos valores señalados el valor de la contraprestación anual (ZUP e infraestructura) de USD\$ 9.541,04, la tasación de la multa en dólares sería la siguiente para cada año:

Detalle	Valor
Anualidad ZUP Contrato 002 de 2008	USD 5.018,26
Anualidad Infraestructura Contrato 002 de 2008	USD 4.522,78
Contraprestación Anual	USD 9.541,04
Porcentaje de Multa	5%
Estimación Multa	USD 477

Ahora bien, debe tasarse por cada año de incumplimiento, tal como se muestra a continuación:

DESCRIPCIÓN/AÑOS	Año 3 2010	Año 5 2012	Año 7 2014	Total
Valor Anual de la Contraprestación	USD 9.541	USD9.541	USD9.541	USD 28.623,12
Porcentaje de multa	5%	5%	5%	5%
Valor multa no ejecución de la inversión del año 3 (2010) por USD\$1.500	USD 477			USD 477
Valor multa no ejecución de la inversión del año 5 (2012) por USD\$1.500		USD 477		USD 477
Valor multa no ejecución de la inversión del año 7 (2014) por USD\$2.000			USD 477	USD 477
TOTAL	USD 477	USD 477	USD 477	USD1.431

En tales condiciones, se tiene en cuenta el presunto incumplimiento en la ejecución de la inversión del año 2010 por USD\$1.500, la inversión del año 2012 por USD\$1.500 y la inversión del año 2014 por USD\$2.000, la multa para cada año ascendería a CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE DÓLARES AMERICANO (USD \$477), para un total por los tres años de MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES AMERICANOS (\$USD1.431).

La anterior suma, de ninguna manera excede el 20% del valor del Contrato, ya que según lo establecido contractualmente el valor total es de USD\$79.818,34, en tanto que el 20% de ese valor correspondería a USD\$15.963,66; ello en virtud de lo previsto en el párrafo primero de la Cláusula Décimo Octava del Contrato de

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

Concesión Portuaria No. 002 de 2008 que estipula que "[E]l monto total de las multas no podrá exceder del 20% del valor del contrato".

Finalmente, se declarará ocurrido el siniestro de incumplimiento amparado por la Póliza de Cumplimiento No. 05GX000694, expedida el 2 de septiembre de 2014 por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con vigencia hasta el 5 de agosto de 2019, hasta por la suma de DOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$2.000), según las razones expuestas anteriormente.

En virtud de lo anteriormente expuesto se,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar el incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., de las obligaciones contractuales contenidas en los numerales 15.33 y 15.21 del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, frente a las obras de colocación de boyas dejadas de realizarse en los años 2010, 2012 y 2014, previstas en el Plan de Inversiones del referido Contrato, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVAS LAS MULTAS previstas en el numeral 18.10 de la Cláusula Décima Octava del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, a título conminatorio para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 15.33 y 15.21 del mismo Contrato; multas que ascienden a la suma de MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES AMERICANOS (\$USD1.431), de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución, tasadas a 9 de junio de 2016.

ARTÍCULO TERCERO.- DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de Cumplimiento No. 05GX000694, expedida el 2 de septiembre de 2014 por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con vigencia hasta el 5 de agosto de 2019, hasta por la suma de DOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$2.000), según las razones expuestas anteriormente, y en el evento que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. se abstenga de efectuar el pago de la multa ordenada en el artículo anterior y frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas para el año 2014 en el Plan de Inversiones, póliza constituida como Garantía Única de Cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, en su amparo de cumplimiento.

ARTÍCULO CUARTO.- Comunicar el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Turbo (Antioquia) y a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.

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

X

"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"

ARTÍCULO SEXTO.- De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en audiencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO.- Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición.

ARTÍCULO OCTAVO.- En firme la presente providencia, publíquese de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y comuníquese a la Cámara de Comercio de Turbo (Antioquia).

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D. C.,


ANDRÉS FIGUEREDO SERPA
VICEPRESIDENTE GESTIÓN CONTRACTUAL
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

ES 48
22 JUN 2016

Elaboró: Carol Melissa Chinchilla Imbett - Abogada Gerencia de Defensa Judicial V/D *CSL*
Revisó: Alejandro Gutiérrez Ramírez - Gerente Defensa Judicial V/D *AR*
Gersain Alberto Ostos Giraldo - Asesor Vicepresidencia de Gestión Contractual
José Román Pacheco Gallego - Gerente Asesoría Legal de Gestión Contractual 1 (A) V/D *AR*
Dina Rafaela Sierra Rochels - Gerente Férreo y Portuario - VGC *CSL*
Erwin Van Arcken Zuluaga - Gerente Financiero (A) - VGC *CSL*