

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20227070004345**

20227070004345

Fecha: **31-03-2022**

“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

EL COORDINADOR DEL GIT SANCIONATORIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones ANI 273 del 13 de febrero de 2018, 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 de 25 de febrero de 2020, y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, procede a adoptar una decisión de fondo dentro del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado contra la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, por presuntos incumplimientos de obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, que, de encontrarse probados, darían lugar a declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. Expediente 20217070320700008E.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

En calidad de Investigado

- **EL CONCESIONARIO:**

SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A., identificada con NIT 900.732.683-6 en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

En calidad de garante del investigado

- **LA ASEGURADORA:**

SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con NIT 860.009.578-6, garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 con una participación del 100%, según la Póliza de Cumplimiento No. 85-44-101079846 Anexo 0.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

I. DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

1.1. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

1.1.1. A través de memorando de radicado ANI No. 20213030029893 de 4 de febrero de 2021, el vicepresidente de Gestión Contractual solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio contractual en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. y su garante por presuntos incumplimientos de obligaciones previstas en el Contrato de Concesión, que, de encontrarse probados, darían lugar a declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

1.1.2. Mediante radicado ANI No. 20217070219011 de 21 de julio de 2021 se citó tanto al Concesionario como a la Aseguradora a instalación de audiencia para el día 5 de agosto de 2021. Citación y anexos que igualmente fueron remitidos por mensaje de datos.

1.1.3. Mediante conexión al aplicativo TEAMS, el 5 de agosto de 2021, con la participación del representante legal y el apoderado de la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A., así como el apoderado del garante SEGUROS DEL ESTADO S.A., a quienes se les reconoció personería jurídica para actuar dentro del procedimiento, fue instalada la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en virtud de lo previsto en el literal (b) de esta normativa, el Despacho presentó las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse en el desarrollo de la misma, todas consignadas desde la citación a audiencia.

El Despacho le indicó al concesionario que podía rendir sus descargos, ante lo cual el apoderado y su representante legal manifestaron que conocían el correo electrónico del 21 de julio de 2021 (Remisión citación y anexos), así como la citación con radicado ANI No. 20217070219011 del 21 de julio de 2021, no obstante, no conocían sus anexos, por tanto, solicitaron se hiciera una síntesis al respecto.

Por parte del Despacho, se procedió a verificar en audiencia que tanto en el correo electrónico como en el cuerpo de la citación que les fue enviada a los citados, se encontrara adjunto el enlace (*link*) a través del cual se podía acceder a todos los documentos anexos a la citación, situación que fue constatada.

Pese a lo anterior, se remitió de nuevo la citación con radicado ANI No. 20217070219011 del 21 de julio de 2021 y el enlace con todos los anexos, a los correos electrónicos previamente autorizados por las partes para recibir comunicaciones y notificaciones (edbossas@gmail.com y gilzans.martinez@segurosdelestado.com) y preguntó el Despacho al apoderado de la Concesión sobre la recepción de la citación y del *link* para consultar los anexos de la misma, frente a lo cual el apoderado del concesionario señaló que sí los había recibido.

Si bien en ese momento el Despacho pudo haber continuado con la diligencia, en tanto se corroboró que los anexos sí habían sido enviados junto con la citación, en aras de garantizar un adecuado ejercicio del derecho a la defensa, suspendió la audiencia, y fijó fecha para su continuación para el 10 de agosto de 2021, a través de la aplicación Microsoft *Teams*, en atención a las medidas tomadas por el Gobierno Nacional ante la actual emergencia sanitaria.

1.1.4. El 10 de agosto de 2021, se retomó la audiencia en el estado en que fue suspendida el 5 de agosto de 2021, a efectos de que el representante legal del concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y su apoderado presentaran sus descargos. Así, el representante legal y el apoderado en conjunto los presentaron de manera verbal y el representante legal realizó una solicitud de suspensión del trámite sancionatorio por un plazo de cuatro (4) meses, solicitud que fue coadyuvada por el apoderado de la aseguradora Seguros del Estado S.A.

En la exposición de descargos, el representante legal de la Concesión, entre otros argumentos, señaló que el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., a finales de noviembre de 2020, se sometió a la Ley 1116 de 2006, esto es, al Régimen de Insolvencia Empresarial. Indicó que el pasado 26 de julio de 2021, se adelantó

RESOLUCIÓN No. **20227070004345** *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

audiencia de graduación de créditos ante la Superintendencia de Sociedades respecto del proceso concursal que allí se adelanta, y que se otorgó un plazo de cuatro (4) meses para que por parte de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., se presentara el proyecto de reestructuración. El apoderado del Concesionario remitió vía mensaje de datos el acta de dicha audiencia, para que fuera tenida en cuenta en la actuación.

El Concesionario en sede de descargos no elevó solicitud probatoria alguna distinta a la de incorporar a la actuación la referida acta de audiencia de graduación de créditos. Por su parte, el apoderado de la aseguradora afirmó que, es evidente que el Concesionario se está allanando a los cargos al no pronunciarse respecto de estos y, en ese orden de ideas, además de solicitar la suspensión de la presente actuación por los 4 meses señalados por el Concesionario, hizo alusión al amparo de cumplimiento de la póliza correspondiente y no hizo solicitudes probatorias.

1.1.5. Cumplido el hito de rendición de descargos, en atención a la solicitud de suspensión del trámite sancionatorio por la razón aducida por el Concesionario en los descargos, el Despacho procedió a suspender la sesión de audiencia a efectos de estudiar y establecer la viabilidad de la solicitud presentada por el Concesionario, coadyuvada por el apoderado de la Aseguradora.

1.1.6. Para establecer la viabilidad de suspender la actuación sancionatoria, mediante Auto de Pruebas No. 20217070001656 de 8 de septiembre de 2021, el cual fue debidamente notificado a los citados, el Despacho procedió a: **(i)** Incorporar al expediente el Acta de la Audiencia con radicado 2021-01-46551 del 26 de julio de 2021, proceso concursal que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades, dando traslado de esta a los citados en los términos previstos del artículo 110 del Código General del Proceso, **(ii)** Requerir a la Vicepresidencia de Gestión Contractual, la cual funge como supervisora del Contrato de Concesión, para que se pronunciara sobre lo siguiente: **(a)** Si el Concesionario puso en conocimiento de la ANI que la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., es el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y que se sometió a la Ley 1116 de 2006, Régimen de Insolvencia Empresarial, y si dicha situación justificaría la suspensión del presente trámite sancionatorio y, **(b)** Si el Concesionario ha presentado a la ANI alguna propuesta para dar cumplimiento al Contrato de Concesión, particularmente en los aspectos señalados en la presente actuación como presuntamente incumplidos, e **(iii)** Instar al Concesionario para que presente prueba documental que demuestre que el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. es la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., otorgándose un plazo de cinco días hábiles a partir de la notificación de dicho Auto, para su recaudo.

1.1.7. Mediante radicado interno ANI No. 20217070124413 de 10 de septiembre de 2021, se puso en conocimiento el Auto de Pruebas No. 20217070001656 de 8 de septiembre de 2021 al Equipo de Supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, para que atendiera lo allí ordenado.

1.1.8. El 14 de septiembre de 2021, estando en términos, mediante el correo electrónico de notificaciones, el Concesionario remitió lo ordenado en Auto No. 20217070001656 de 08 de septiembre de 2021, esto es, la certificación de fecha 9 de septiembre de 2021, expedida por la Revisoría Fiscal, en donde indica que la participación accionaria de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. – C.I. corresponde a un porcentaje del setenta por ciento (70%) en la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

1.1.9. Mediante radicado ANI No. 20213030129293 de 24 de septiembre de 2021, la Vicepresidencia de Gestión Contractual en calidad de supervisora del Contrato de Concesión Portuaria, remitió lo ordenado en Auto No. 20217070001656 de 08 de septiembre de 2021, otorgando respuesta a los cuestionamientos realizados por el Despacho.

1.1.10. El 01 de octubre de 2021, se expidió el Auto No. 20217070001996, en el cual el Despacho procedió a incorporar el radicado ANI No. 20213030129293 de 24 de septiembre de 2021, pronunciamiento requerido a la Supervisión del proyecto en Auto No. 20217070001656 de 08 de septiembre de 2021 y, la Certificación de fecha 9 de septiembre de 2021, expedida por la Revisoría Fiscal de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., en la que se indica la participación accionaria de la Sociedad Bullpesa Petroleum S.A.S. – C.I., corriendo traslado de estas a los citados en los términos previstos en el artículo 110 del Código General del Proceso.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

1.1.11. Vencido el término del traslado no hubo pronunciamiento por parte del Concesionario. El apoderado de la Aseguradora, estando dentro del término, mediante el correo electrónico del 4 de octubre de 2021, solicitó se tuvieran en cuenta las observaciones que realizara la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., a las pruebas que fueron objeto de traslado.

1.2. CARGOS IMPUTADOS.

Tal como se señaló desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los cargos imputados a la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A., con ocasión de presuntos incumplimientos contractuales, consisten en: (i) No cumplimiento al Plan de Inversión, (ii) No Operación del puerto, (iii) No contar con el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO, (iv) No pago de la Contraprestación y (v) No Fondeo Subcuenta Interventoría.

De llegar a ser probados dichos incumplimientos, la Citación a la Audiencia señaló igualmente que se podrían dar las siguientes consecuencias: (i) declaratoria de la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, (ii) hacer efectiva la cláusula penal, e (iii) imposición de los perjuicios que de ello se deriven.

1.3. INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES IMPUTADOS - CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VULNERADAS.

Las obligaciones contractuales cuyo no cumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se reprochan en la presente actuación administrativa, se citan a continuación:

1.3.1. PLAN DE INVERSIONES:

La Cláusula 12 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 señala lo siguiente:

“CLÁUSULA 12 PLAN DE INVERSIONES

El **CONCESIONARIO** deberá ejecutar el plan de inversión, para lo cual deberá: 1) Entregar los estudios y diseños definitivos un mes antes de su iniciación, 2) Presentar un cronograma de ejecución de actividades conforme el parágrafo primero de esta cláusula. El cronograma deberá entregarse con los estudios y diseños definitivos del proyecto, **3) La ejecución de las obras deberá realizarse en el primer año de ejecución de este contrato** y 4) el monto de las inversiones aceptado por la **Agencia Nacional de Infraestructura**, asciende a la suma de **DOCE MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y CINCO MIL CIENTO TREINTA Y TRES DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, (\$ 12.285.133.00)** constantes de diciembre de 2015, lo cual será avalado durante la gestión contractual con el acompañamiento de la Interventoría.

PARÁGRAFO PRIMERO. - El **CONCESIONARIO**, deberá dar cumplimiento al siguiente plan de inversiones:

1.2. Tuberías marinas y pasarela en USD				
1.2.1. Equipos			USD	1.358.959
1.2.2. Tuberías			USD	968.417
1.2.3. Pipe rack			USD	1.522.028
1.2.4. Cimentación			USD	127.005
1.2.5. Cotingencia			USD	198.820
1.2.6. Subtotal tuberías marinas y maquinaria en USD			USD	4.175.229
1.3. Muelle en USD				
1.3.1. Preliminares			USD	15.000
1.3.2. Piña tipo 1 (PAT-1, PAT-2, PAT-3 y PAT-4)			USD	2.595.671
1.3.3. Piña tipo 2 (PAT-5)			USD	754.795
1.3.4. Piña tipo 3 (PAM-1 y PAM-2)			USD	646.751
1.3.5. Piña tipo 4 (PAM-3 y PAM-4)			USD	748.861
1.3.6. Piña tipo 5 (PAM-5 y PAM-6)			USD	383.108
1.3.7. Plataforma de operaciones			USD	530.284
1.3.8. Caseta de operaciones			USD	13.755
1.3.9. Pasarelas metálicas			USD	27.000
1.3.10. Costo directo			USD	5.715.225
1.3.11. A.I.U.	25%		USD	1.428.806,25
1.3.12. IVA	16%		USD	228.609,00
1.3.13. Contingencia	10%		USD	737.264,03
1.3.14. Subtotal muelle			USD	8.109.904
1.4. Total inversiones			USD	12.285.133

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

PARÁGRAFO SEGUNDO.- En el evento en que **EL CONCESIONARIO** solicite la 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, descontada al WACC en términos reales doce por ciento (12%) efectivo anual. Para ese efecto, se tiene que dicho Valor Presente corresponde a la suma de **DIEZ MILLONES NOVECIENTOS SESENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SESENTA Y NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, (US 10.968.869.00)** del 31 de diciembre de 2015. Esta modificación se registrará por el procedimiento de la Ley vigente aplicable.

(...)

PARÁGRAFO CUARTO. – SUPERVISIÓN Y CONTROL: La supervisión y control de la ejecución de las inversiones propuestas por el **CONCESIONARIO**, estará a cargo de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura, sin perjuicio del seguimiento que haga la interventoría que se contrate para tal efecto.” (Subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Cláusula 20, numeral 40 del Contrato de Concesión Portuaria, señala:

“CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

Una vez suscrito el contrato de concesión portuaria, el **CONCESIONARIO**, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

40. Realizar las inversiones de acuerdo con los montos y fechas establecidos en el Plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

1.3.2. OPERACIÓN DEL TERMINAL PORTUARIO:

La Cláusula 1 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, la cual contempla el Objeto del Contrato, señala:

“CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO

El objeto del presente contrato es el otorgamiento al **CONCESIONARIO** por parte del **CONCEDENTE**, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la **CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS** para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del **CONCEDENTE**, en los términos descritos en la **CLÁUSULA 13 – VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN** de este Contrato.” (Subrayado fuera del texto).

Asimismo, la Cláusula 20, numeral 41 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, señala:

“CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

Una vez suscrito el contrato de concesión portuaria, el **CONCESIONARIO**, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

41. Mantener en buen estado de operación y mantenimiento las zonas de uso público e infraestructura portuaria, realizando las obras que se requieran y que sean necesarias para la conservación de las zonas de uso público entregadas en concesión, igual obligación se extiende al área adyacente, atendiendo a que el puerto es una unidad de explotación económica y su conservación es obligación del CONCESIONARIO.”

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

1.3.3. PRESENTACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN:

La Cláusula 7 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 establece lo siguiente:

“CLÁUSULA 7 REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN

*El **CONCESIONARIO** dará cumplimiento a la Resolución No. 0071 de 11 de febrero de 1997 de la Superintendencia de Puertos y Transporte o aquellas que la modifique o sustituya, para lo cual deberá remitir al **CONCEDENTE** el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, el cual hará parte integral del presente contrato de concesión, para su aprobación en un plazo no mayor a seis (6) meses antes del inicio de la operación del Terminal Portuario. La aprobación de este reglamento por parte del **CONCEDENTE**, será requisito previo para el inicio de la operación portuaria, so pena de la imposición de multas a que haya lugar.*

*Ante una modificación contractual previamente autorizada por El **CONCEDENTE** o como consecuencia de requerimiento por parte de las Autoridades Marítima, Ambiental y de inspección, vigilancia y control, **EL CONCESIONARIO** deberá ajustar el REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN, conforme los términos de la modificación autorizada a los requerimientos efectuados.*

PARÁGRAFO: *EL REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN deberá contener un plan de contingencia en lo concerniente a la operación del cargue de los barcos, de llegar a presentarse una interrupción en la actividad y/o en el caso de presentarse una avería o alguna eventualidad. Asimismo, deberá indicar el tipo de maniobra que harán los barcos y que puedan afectar la seguridad, así como también se deberá aportar información de la maniobra que se requiera para el cargue de los buques con el respectivo cumplimiento de la normatividad de seguridad contemplada en las normas de la Autoridad Marítima.”*

Por su parte, la Cláusula 20, numeral 36 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, señala:

“CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

*Una vez suscrito el contrato de concesión portuaria, el **CONCESIONARIO**, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:*

(...)

36. *“Presentar ante el **CONCEDENTE** antes del inicio de las operaciones el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación Portuaria para su aprobación. El **CONCESIONARIO** no podrá iniciar la operación sin la aprobación del citado Reglamento.”*

1.3.4. PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA:

La Cláusula 1 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, contempla el Objeto del Contrato en los siguientes términos:

“CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO

*El objeto del presente contrato es el otorgamiento al **CONCESIONARIO** por parte del **CONCEDENTE**, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la **CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS** para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del **CONCEDENTE**, en los términos descritos en la **CLÁUSULA 13 – VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN** de este Contrato.”*
(Subrayado fuera del texto).

Ahora bien, la Cláusula 13, Numeral 13.1. del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, establece la obligación de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., de realizar el pago por concepto de contraprestación portuaria según la metodología CONPES 3744, así:

“CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

El valor del contrato de concesión portuaria será el valor presente de las contraprestaciones por concepto de zona de uso público, tasadas al **CONCESIONARIO**. Para todos los efectos y sin perjuicio de la naturaleza variable de la fórmula de cálculo de la contraprestación, el valor de referencia del contrato de concesión equivale al valor presente neto de las contraprestaciones, que corresponde a la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, (US 894.418.00), constantes de Diciembre de 2015.** Los siguientes son los flujos de la contraprestación estimados:

Año	Alpha [A]	Alpha Adicional [B]	Alpha Total [C] = [A] + [B]	Componente Fijo [D]	Componente Variable [E]	Contraprestación Total [F] = ([D] + [E]) x [C]	Valor Promedio
1,0	1,0	-	1,00	12.127	0	12.127	130.648
2,0	1,0	-	1,00	12.127	86.324	98.451	
3,0	1,0	-	1,00	12.127	90.184	102.310	
4,0	1,0	-	1,00	12.127	94.219	106.346	
5,0	1,0	-	1,00	12.127	98.437	110.564	
6,0	1,0	-	1,00	12.127	102.848	114.975	
7,0	1,0	-	1,00	12.127	107.459	119.586	
8,0	1,0	-	1,00	12.127	112.280	124.406	
9,0	1,0	-	1,00	12.127	117.320	129.447	
10,0	1,0	-	1,00	12.127	122.590	134.717	
11,0	1,0	-	1,00	12.127	128.100	140.227	
12,0	1,0	-	1,00	12.127	133.862	145.988	
13,0	1,0	-	1,00	12.127	139.886	152.013	
14,0	1,0	-	1,00	12.127	146.185	158.312	
15,0	1,0	-	1,00	12.127	152.772	164.899	
16,0	1,0	-	1,00	12.127	159.660	171.786	
17,0	1,0	-	1,00	12.127	166.862	178.989	
18,0	1,0	-	1,00	12.127	174.394	186.521	

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

El CONCESIONARIO, con base en lo estipulado en el flujo de caja libre que corresponde al modelo financiero definitivo del contrato, pagará un valor estimado promedio anual de la contraprestación por concepto de uso temporal y exclusivo la zona de uso público para el período del Payback-PRC inicial equivalente a los 18 años con un factor alfa igual a 1, la suma CIENTO TREINTA MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 130.648.00), constantes a diciembre de 2015.

PARÁGRAFO PRIMERO. - Dada la naturaleza variable de la fórmula de contraprestación, el valor del contrato y el valor anual de la contraprestación, estarían en función de la ejecución del volumen durante el plazo de Concesión según el establecido en el componente variable, el componente fijo y el alfa adicional, de acuerdo a la siguiente fórmula:

(...)

PARÁGRAFO SEGUNDO.- WACC ASOCIADO AL PROYECTO: El Valor Presente Neto (VPN) de los flujos de caja libre (FCL) en dólares constantes del proyecto de concesión portuaria para todo el período de concesión, es descontando al WACC real del 12%, hasta tanto el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expida la resolución a través de la cual se define oficialmente la metodología para el cálculo del WACC, en cumplimiento de lo establecido por el Documento CONPES 3744 de 2013.

(...)

PARÁGRAFO CUARTO. – De acuerdo con lo establecido en el Anexo 2 de CONPES 3744 de 2013, en lo referente al Procedimiento de indexación, liquidación y recaudo; la liquidación de las contraprestaciones se realizará de manera anticipada año a año a la Tasa Representativa – TRM- descrita en el Anexo 2 de CONPES 3744 de2013, según lo establecido en el artículo 8 de la Resolución 5394 de 2013 expedida por el Ministerio de Transporte, y pagaderos dentro del primer mes de ejecución del contrato de concesión, la sociedad portuaria efectuará el pago anticipado de sus obligaciones de contraprestación (tanto del componente fijo como del variable) por la porción del año restante hasta el 31 de diciembre del periodo. Lo anterior con base en lo estipulado en el Flujo de Caja que corresponda al modelo financiero definitivo a la firma del contrato. Antes de finalizar los meses de febrero el **CONCESIONARIO** deberá corregir su liquidación del año anterior según el movimiento de carga real y la indexación del valor de referencia por metro cuadrado y de los cargos, así como realizar el pago anticipado del año en curso con base en lo proyectado en el Flujo de Caja Libre definitivo.

(...)

PARÁGRAFO SEXTO.- El pago de la contraprestación con relación al componente fijo y variable le corresponde a la NACIÓN – Instituto Nacional de Vías el 80% y el 20% restante al Municipio de Cartagena, Distrito Turístico, Cultural e Histórico, de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1° del

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

artículo 1° de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003, que modifica el artículo 7° de la Ley 1° de 1991.

(...)

PARÁGRAFO OCTAVO. – INTERESES DE MORA: En caso de generarse interés de mora a favor del Estado, estos se liquidarán a la tasa máxima legal permitida sobre el valor en pesos de la obligación en mora, hasta el día de pago, liquidados a la tasa representativa del mercado – TRM. Que se encuentre vigente en la fecha que la sociedad realice el pago.

(...)

PARÁGRAFO DÉCIMO.- El solo retardo en el pago de la contraprestación generará intereses por mora, de acuerdo con el parágrafo octavo de esta cláusula. El CONCESIONARIO, renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora. (...)

Asimismo, la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria establece en el numeral 3 la obligación del Concesionario de pagar la Contraprestación Portuaria, así:

“CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

Una vez suscrito el contrato de concesión portuaria, el **CONCESIONARIO**, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

3. Pagar la contraprestación en forma oportuna, y la tasa de vigilancia que para el efecto se establezca, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, dentro de los plazos correspondientes.”

1.3.5. FONDEO DE LOS RECURSOS NECESARIOS PARA LA CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA:

La Cláusula 13, numeral 13.2 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, dispone:

“CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN

El valor del contrato de concesión portuaria será el valor presente de las contraprestaciones por concepto de zona de uso público, tasadas al **CONCESIONARIO**. Para todos los efectos y sin perjuicio de la naturaleza variable de la fórmula de cálculo de la contraprestación, el valor de referencia del contrato de concesión equivale al valor presente neto de las contraprestaciones, que corresponde a la suma de **OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL CUATROCIENTOS DIECIOCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, (US 894.418.00), constantes de Diciembre de 2015.** Los siguientes son los flujos de la contraprestación estimados:

Año	Alpha [A]	Alpha Adicional [B]	Alpha Total [C] = [A] + [B]	Componente Fijo [D]	Componente Variable [E]	Contraprestación Total [F] = ([D] + [E]) x [C]	Valor Promedio
1,0	1,0	-	1,00	12.127	0	12.127	130.648
2,0	1,0	-	1,00	12.127	86.324	98.451	
3,0	1,0	-	1,00	12.127	90.184	102.310	
4,0	1,0	-	1,00	12.127	94.219	106.346	
5,0	1,0	-	1,00	12.127	98.437	110.564	
6,0	1,0	-	1,00	12.127	102.848	114.975	
7,0	1,0	-	1,00	12.127	107.459	119.586	
8,0	1,0	-	1,00	12.127	112.280	124.406	
9,0	1,0	-	1,00	12.127	117.320	129.447	
10,0	1,0	-	1,00	12.127	122.590	134.717	
11,0	1,0	-	1,00	12.127	128.100	140.227	
12,0	1,0	-	1,00	12.127	133.862	145.988	
13,0	1,0	-	1,00	12.127	139.886	152.013	
14,0	1,0	-	1,00	12.127	146.185	158.312	
15,0	1,0	-	1,00	12.127	152.772	164.899	
16,0	1,0	-	1,00	12.127	159.660	171.786	
17,0	1,0	-	1,00	12.127	166.862	178.989	
18,0	1,0	-	1,00	12.127	174.394	186.521	

(...)

13.2 Interventoría de Obra e Inversiones y Reversión: El Plan de Inversiones y el proceso de reversión estará sujeto al control de una interventoría, la cual será contratada por la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante los procedimientos aplicables que garanticen transparencia en su

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

selección. El costo de dicha interventoría, será asumido por el **CONCESIONARIO**, con cargo a los costos del proyecto de concesión portuaria, que se encuentra reflejado en el modelo financiero.

PARÁGRAFO PRIMERO. - En el evento en que el aporte de interventoría se realice de manera extemporánea, el **CONCESIONARIO**, se hará responsable del pago de los correspondientes intereses de mora, de acuerdo con la tasa máxima legal vigente.

PARÁGRAFO SEGUNDO. - **Valor de Interventoría:** El **CONCESIONARIO** depositará en el patrimonio autónomo que constituya para el efecto por concepto de **interventoría de obras e inversiones**, la suma de **SETECIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS COLOMBIANOS (COP 724.879.824.00)**, por el año de ejecución del plan de inversiones en concordancia con lo establecido en la **CLÁUSULA 12** de este contrato. En caso que el plan de inversiones tenga una duración superior a la establecida en la **CLÁUSULA 12** de este contrato, el **CONCESIONARIO** deberá seguir fondeando al patrimonio autónomo de manera proporcional a la duración adicional de ejecución al plan de inversiones. (...) Todas las sumas anteriores se encuentran expresadas en pesos constantes de diciembre de 2015, y por lo tanto serán actualizadas en enero de cada año con la variación del índice de precios al consumidor (IPC) de diciembre del año inmediatamente anterior certificado por el DANE.

PARÁGRAFO TERCERO. El **CONCESIONARIO**, se obliga a constituir un Patrimonio Autónomo para los recursos de la interventoría en los términos y condiciones que se indica en la **CLAUSULA 14 PATRIMONIO AUTÓNOMO** de este contrato y el Aporte de los recursos se deberá realizar de la siguiente manera:

Aporte	Año Calendario	Monto Anual (Pesos de diciembre 2015)	Fecha Máxima de Aporte, y actualización
Interventoría de obras e inversiones	2016	\$ 724.879.824.00 (La proporción de esta cifra, de acuerdo al tiempo transcurrido entre la fecha de constitución del Patrimonio Autónomo y el 31 de diciembre de 2016.)	<u>Al momento de la constitución del Patrimonio Autónomo.</u> Este aporte se hará en pesos constantes de diciembre de 2015, actualizados con el IPC certificado por el DANE.
	2017	\$ 724.879.524.00 (La proporción de esta cifra, para cumplir un año calendario desde la fecha de constitución del Patrimonio Autónomo)	<u>Dentro de los ocho (8) días hábiles de enero de 2017 y</u> Actualizados con el IPC de diciembre de 2016 certificado por el DANE.

(...)

PARÁGRAFO CUARTO: En caso de que el Plan de Inversión (Construcción) tenga una duración superior a la estimada en este contrato, el **CONCESIONARIO** deberá seguir fondeando la subcuenta de Interventoría de manera proporcional a la duración adicional y con la actualización indicada en el párrafo segundo de esta cláusula”.

Por su parte, la Cláusula 20, numerales 9 y 43 del Contrato, señala las obligaciones del Concesionario en relación con el fondeo de los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría del Proyecto, así:

“CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

Una vez suscrito el contrato de concesión portuaria, el **CONCESIONARIO**, sin perjuicio de las obligaciones que adquiriera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

9. Depositar en el patrimonio autónomo que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

(...)

43. Garantizar los recursos necesarios para que a través de la Agencia Nacional de Infraestructura, se contrate una interventoría técnica, administrativa, social, ambiental, jurídica y financiera en los términos establecidos en este contrato cuyo objeto será la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales (...).

Todas las cláusulas contractuales anteriormente referidas, se señalaron desde la Citación a la Audiencia como presuntamente vulneradas por el Concesionario, a partir de las siguientes pruebas,

1.4. PRUEBAS QUE ORIGINARON LA ACTUACIÓN.

1.4.1. Informe de la Supervisión.

El Informe de Supervisión con radicado ANI No. 20203030076093 del 16 de junio de 2020, suscrito por la Gerencia de Proyectos Portuarios y la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, sirve de soporte para el inicio del presente procedimiento sancionatorio, y da cuenta de los presuntos incumplimientos contractuales en que ha incurrido el concesionario, relacionados con: (i) No cumplimiento al Plan de Inversión, (ii) No Operación del puerto, (iii) No contar con el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO, (iv) No pago de la Contraprestación y (v) No Fondeo Subcuenta Interventoría.

En efecto, mediante el Informe referido, la supervisión concluye:

“Por todo lo anterior, se solicita el inicio formal del proceso que corresponda, por el presunto incumplimiento de las cláusulas contractuales anteriormente relacionadas, con fundamento en los hechos y razones expuestas en el presente informe.”

1.4.2. Pruebas aportadas por la Supervisión, para el inicio del procedimiento.

Adicional al referido informe, fueron aportadas por la Supervisión del Contrato con la solicitud de inicio del procedimiento sancionatorio, las siguientes pruebas:

1.4.2.1. Del trámite precontractual:

- Resolución No. 763 del 07 de mayo de 2015 ““Por la cual se indican los términos en los que se podrá otorgar una concesión portuaria a la sociedad BULLPESA S.A”.
- Resolución No. 833 del 14 de junio de 2016 “Por la cual se otorga una concesión portuaria a la sociedad portuaria BULLPESA S.A”.

1.4.2.2. De la suscripción del contrato y sus modificaciones:

- Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
- Acta de Inicio del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

1.4.2.3. De la garantía:

- Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 85-44-101079846 Anexo 0, expedida el 22 de noviembre de 2016 por la Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A.

1.4.2.4. De la configuración de los presuntos incumplimientos:

1.4.2.4.1. Presunto incumplimiento al Plan de Inversiones.

- Resolución ANI No.1904 del 17 de diciembre de 2019 “Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro”.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

- Resolución ANI No.237 del 18 de febrero de 2020 “Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 acto administrativo que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro”.
- Circular No. 20203080182051 del 30 de junio 2020.
- Correos electrónicos de los días 08 y 14 de julio 2020.
- Correos electrónicos de 08 y 15 de julio 2020.
- Circular No. 20203080396671 del 23 de diciembre 2020.
- Correos electrónicos de los días 19 y 20 de enero 2021.
- Radicado ANI No. 20196050196343 del 18 de diciembre de 2019 - informe de la visita de seguimiento.
- Correo electrónico institucional del 02 de abril de 2020.
- Correo electrónico institucional del 01 de septiembre de 2020.

1.4.2.4.2. Presunto incumplimiento por la No Operación del Terminal Portuario.

- Boletines estadísticos de Tráfico Portuario en Colombia publicados por la Superintendencia de Transporte: Año 2018, Año 2019, enero a septiembre del año 2020.
- Radicado ANI No. 20196050196343 del 18 de diciembre de 2019 - informe de la visita de seguimiento.
- Correo electrónico institucional del 01 de septiembre de 2020, enviado por el Representante Legal de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.
- Informe de Visita técnica a la concesión portuaria del día 01 de diciembre 2020.

1.4.2.4.3. Presunto incumplimiento por la No presentación del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación – CTO.

- Radicado ANI No. 20173030126051 del 28/04/2017
- Radicado ANI No. 20183030037171 del 08/02/2018
- Radicado ANI No. 20183030180451 del 13/06/2018
- Radicado ANI No. 20193030049811 del 20/02/2019.
- Resoluciones 850 del 6 de abril del 2017 y 4159 de 2017, las cuales establecen los parámetros y el contenido del Reglamento de condiciones técnicas de operación de los puertos marítimos.

1.4.2.4.4. Presunto incumplimiento por el No Pago de la Contraprestación Portuaria.

- Radicado ANI No. 20183080010921 del 15/01/2018
- Radicado ANI No. 20183080086531 del 20/03/2018
- Radicado ANI No. 20183080117601 del 18/04/2018
- Radicado ANI No. 20183080118363 del 06/08/2018
- Radicado ANI No. 20184090942432 del 13/09/2018
- Radicado ANI No. 20183080371361 del 07/11/2018
- Radicado ANI No. 20193030015671 del 23/01/2019
- Radicado ANI No. 20194090106412 del 04/02/2019
- Radicado ANI No. 20194090529932 del 23/05/2019
- Radicado ANI No. 20193080177401 del 06/06/2019
- Radicado ANI No. 20193030315881 del 13/09/2019
- Radicado ANI No. 20194091005882 del 24/09/2019
- Radicado ANI No. 20194091089742 del 16/10/2019
- Radicado ANI No. 20193080426721 del 10/12/2019
- Radicado ANI No. 20203080024281 del 29/01/2020
- Radicado ANI No. 20204090545412 del 23/06/2020
- Radicado ANI No. 20203080346141 del 12/11/2020
- Radicado ANI No. 20193030315851 del 13/09/2019 Solicitud a la Alcaldía de Cartagena.
- Radicado ANI No. 20194091267922 del 04/12/2019 Respuesta Alcaldía de Cartagena.
- Documento CONPES 3744 del 2013 y la Resolución No. 5394 del 2013, las cuales establecen la metodología que se debe seguir para el cálculo de la contraprestación en temas portuarios.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

1.4.2.4.5. Presunto Incumplimiento en el fondeo de los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría del Contrato.

- Radicado ANI No. 20173030160851 del 26/05/2017
- Radicado ANI No. 20173080192291 del 22/06/2017
- Radicado ANI No. 20173080244131 del 01/08/2017
- Radicado ANI No. 20173030305721 del 20/09/2017
- Radicado ANI No. 20184090010202 del 05/01/2018
- Radicado ANI No. 20183030159001 del 24/05/2018
- Radicado ANI No. 20194091289832 del 10/12/2019
- Radicado ANI No. 20197050450281 del 27/12/2019
- Radicado ANI No. 20204090072922 del 24/01/2020

1.4.2.5. De la Cuantificación de la Cláusula Penal Pecuniaria y la tasación de perjuicios.

- Concepto Financiero No. 20213080021013 del 26 de enero 2021.
- Alcance Concepto Financiero No. 20213080089403 de 22 de junio de 2021.

1.4.3. Pruebas aportadas en el curso de la actuación.

A continuación, se relaciona la única prueba documental que fue allegada por el Concesionario en la rendición de sus descargos.

- Acta de la Audiencia con radicado 2021-01-46551 del 26 de julio de 2021, proceso concursal que se adelanta ante la Superintendencia de Sociedades.

1.4.4. Pruebas decretadas de oficio.

Mediante Auto de Pruebas No. 20217070001656 de 8 de septiembre de 2021, el Despacho requirió a la Vicepresidencia de Gestión Contractual, la cual funge como supervisora del Contrato de Concesión, para que se pronunciara sobre lo siguiente:

- (a) Si el Concesionario puso en conocimiento de la ANI que la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., es el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y que se sometió a la Ley 1116 de 2006, Régimen de Insolvencia Empresarial, y si dicha situación justificase la suspensión del presente trámite sancionatorio y,
- (b) Si el Concesionario ha presentado a la ANI alguna propuesta para dar cumplimiento al Contrato de Concesión, particularmente en los aspectos señalados en la presente actuación como presuntamente incumplidos.

Asimismo, se instó al Concesionario para que presentara prueba documental que demostrara que el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., es la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., otorgándose un plazo de cinco días hábiles para su recaudo.

En respuesta a la primera solicitud, la Vicepresidencia de Gestión Contractual en calidad de supervisora del Contrato de Concesión Portuaria, remite lo ordenado en Auto No. 20217070001656 de 08 de septiembre de 2021, mediante radicado ANI No. 20213030129293 de 24 de septiembre de 2021, otorgando respuesta a los cuestionamientos realizados por el Despacho.

Frente al segundo requerimiento, el Concesionario mediante correo electrónico de 14 de septiembre de 2021, remite lo ordenado en Auto No. 20217070001656 de 08 de septiembre de 2021, Certificación de fecha 9 de septiembre de 2021, expedida por la Revisoría Fiscal, en donde indica la participación accionaria de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. – C.I. con un porcentaje de participación del setenta por ciento (70%) en la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

Es importante señalar que, respecto de todas las pruebas obrantes en el expediente, se ha dado oportunidad a las partes para conocerlas y controvertirlas, así como para aportar los medios probatorios que sustenten su defensa, la cual se resume a continuación:

RESOLUCIÓN No. **20227070004345** *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

2. DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS APODERADOS DE LOS INTERVINIENTES

2.1. DESCARGOS DE LA SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.

El representante legal y el apoderado de la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A., el 10 de agosto de 2021, en la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, presentaron sus descargos de manera verbal y el representante legal realizó una solicitud de suspensión del trámite sancionatorio, así:

El representante legal indicó que la Agencia Nacional de Infraestructura, a través de su GIT Sancionatorios, a finales de 2019 (mediante Resolución No. 1904 de 17 de diciembre 2019) declaró el incumplimiento de la Sociedad de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 12 y en el numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 (Plan de Inversiones), con multa por valor de USD\$193.271, sanción confirmada en enero de 2020 (mediante Resolución No. 237 del 18 de febrero de 2020). Según el representante legal, este escenario se presentó por los inconvenientes que ellos tuvieron para conseguir la financiación del proyecto dado en Concesión.

Señaló el representante legal que, previo a la pandemia (COVID-19), ellos llevaban adelantadas unas conversaciones con unos inversionistas y/o asociados en Houston, TX, y se había realizado una auditoría por parte de los posibles socios por intermedio de una firma de abogados de los Estados Unidos de Norteamérica que finiquitaría el negocio. No obstante, llegó el tema de la pandemia a nivel global, el cierre de los aeropuertos y el tema quedó congelado.

Advirtió que, en enero de 2021, consiguieron otros inversionistas, con la finalidad de sacar adelante y dar apertura al Puerto objeto de la Concesión. En ese sentido, expresó que se encuentran en negociaciones para poder operar el Puerto en uno o dos meses y, de esta manera, poder dar respuesta de manera concreta a la ANI. Advirtió, nuevamente, que todo lo anterior ha sido producto de la pandemia.

Expuso el representante legal que, el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., es la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., y que ésta, a finales de noviembre de 2020, se sometió a la Ley 1116 de 2006, esto es, al Régimen de Insolvencia Empresarial. Preciso que el pasado 26 de julio de 2021, se realizó audiencia ante la Superintendencia de Sociedades, respecto del proceso concursal que allí se adelanta, y que, dentro de lo ordenado, se otorgó un plazo de cuatro (4) meses para que, por parte de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., se presente el proyecto de reestructuración.

Por lo anterior, solicitó el representante legal que se suspendiera el presente trámite sancionatorio por un plazo de cuatro (4) meses, para poder cumplir y, en caso contrario, una vez haya transcurrido dicho plazo, afirmó que ellos mismos irían a Bogotá a cancelar de común acuerdo del pacto realizado con la ANI, refiriéndose al Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

Intervino el Apoderado del Concesionario, reiterando que el 26 de julio 2021 se adelantó audiencia de graduación de créditos dentro del proceso concursal, por la reestructuración de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., quien remitió vía mensaje de datos el acta de dicha audiencia, reiterando que se les otorgó un plazo de cuatro (4) meses para presentar el proyecto de reestructuración.

2.2. DESCARGOS DEL APODERADO DE SEGUROS DEL ESTADO S.A.

En la rendición de sus descargos, el apoderado de la aseguradora Seguros del Estado S.A., inició su intervención argumentando que la defensa del garante por regla general se hace con base en los argumentos expuestos por el Contratista. En el presente caso, reconoció el apoderado, es evidente que el contratista se allana a los cargos, al no pronunciarse respecto de los mismos, y en este orden de ideas, solo le resta a la compañía aseguradora hacer alusión a la cobertura y definición de amparo de cumplimiento contenido en la póliza No. 85-44-101079846 en el sentido de indicar que el contrato de seguro cubre a la entidad asegurada de los incumplimientos totales tardíos o defectuosos, siempre y cuando le sean imputables al contratista.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

Por tanto, indicó el Apoderado de la Garante, que el Concesionario ha solicitado que se le conceda un tiempo prudencial de cuatro (4) meses a efectos de conseguir los recursos que requiere para la ejecución del proyecto, por lo tanto, coadyuva la solicitud de suspensión solicitada por el Concesionario mediante su Representante Legal y Apoderado, por cuatro (4) meses, con el fin de que la sociedad Bullpesa logre conseguir esos dineros para dar solución a este contrato de concesión; agregó que, teniendo en cuenta el plazo del contrato de concesión, es viable conceder ese tiempo prudencial, y en el evento que no se consigan los recursos, se continúe la actuación administrativa. El apoderado en sede de descargos no hace solicitudes probatorias.

A partir de los presuntos incumplimientos contractuales que fueron endilgados al Concesionario, teniendo en cuenta los descargos y las pruebas obrantes en la actuación, y no existiendo irregularidades que corregir, procede el Despacho a decidir de fondo la presente actuación.

3. CUESTIONES PREVIAS

3.1. DE LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.

En la exposición de descargos, el representante legal de la Concesión señaló que el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., a finales de noviembre de 2020, se sometió a la Ley 1116 de 2006, esto es, al Régimen de Insolvencia Empresarial. Indicó que el pasado 26 de julio de 2021, se adelantó audiencia de graduación de créditos ante la Superintendencia de Sociedades respecto del proceso concursal que allí se adelanta, y que se otorgó un plazo de cuatro (4) meses para que por parte de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., se presente el proyecto de reestructuración.

Basado en lo anterior, solicitó el representante legal de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se suspendiera el procedimiento administrativo sancionatorio por un plazo de cuatro (4) meses, solicitud que fue coadyuvada por el apoderado de la aseguradora Seguros del Estado S.A.

Para establecer si la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., es la mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., mediante Auto de Pruebas No. 20217070001656 de 8 de septiembre de 2021, el Despacho instó al Concesionario para que presentara prueba documental que demostrara dicha situación.

Fue así como, el 14 de septiembre de 2021, mediante el correo electrónico de notificaciones, el Concesionario remitió Certificación de fecha 9 de septiembre de 2021, expedida por la Revisoría Fiscal, en la cual certificó la participación accionaria de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. – C.I. con un porcentaje de participación del setenta por ciento (70%) en la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., del documento presentado por el Concesionario.

Para determinar la viabilidad de la solicitud de suspensión, el Despacho, mediante Auto de Pruebas No. 20217070001656 de 8 de septiembre de 2021, el cual fue debidamente notificado a los citados, procedió, entre otras decisiones, a requerir a la Vicepresidencia de Gestión Contractual, la cual funge como supervisora del Contrato de Concesión, para que se pronunciara sobre si el Concesionario puso en conocimiento de la ANI que la Sociedad Bull Petroleum S.A.S. - C.I., es el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y que se sometió a la Ley 1116 de 2006, Régimen de Insolvencia Empresarial, y si dicha situación justificaría la suspensión del presente trámite sancionatorio.

Mediante radicado ANI No. 20213030129293 de 24 de septiembre de 2021, la Vicepresidencia de Gestión Contractual en calidad de supervisora del Contrato de Concesión Portuaria, remitió la siguiente respuesta en relación con la solicitud de suspensión que hiciera el concesionario:

“1. Del conocimiento de la Agencia del Régimen de Insolvencia empresarial acogido por la Sociedad BULL PETROLEUM S.A.S.

Al respecto, se indica que el Concesionario formalmente puso en conocimiento a esta Vicepresidencia del sometimiento al Régimen de Insolvencia Empresarial de su mayor accionista, la Sociedad Bull Petroleum S.A.S., mediante radicado ANI No. 20194090886442 del 26 de agosto de 2019.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

En consecuencia, mediante memorando No. 20193030134673 del 12 de septiembre 2019, se remitió a la Gerencia de Defensa Judicial la mencionada solicitud para que dentro de sus funciones y competencias otorgadas se ejercieran las gestiones y análisis correspondientes a la luz de la situación actual con el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

En respuesta a la solicitud, mediante correo electrónico del 15 de abril 2021 la Gerencia de Defensa Judicial, informa sobre el estado del proceso de reorganización y la posición de la entidad a partir del Contrato de Concesión suscrito con la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., así:

"(...) 1. El proceso de reorganización de la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. C.I., identificada con NIT. 900383453 se inició mediante Auto 2018-01-393523 de 30 de agosto de 2018 con el cual la mencionada sociedad fue admitida al proceso de reorganización.

2. Las sociedades son personas jurídicas que desarrollan su objeto social con una personalidad diferente de sus accionistas. En este sentido la sociedad tiene una vida jurídica diferente de aquella de sus accionistas, sean estas personas naturales o jurídicas e independientemente de las relaciones jurídicas que puedan tener existencia y desarrollo entre la sociedad y los socios.

3. Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. es una sociedad que celebró un contrato de concesión con la ANI y por lo tanto es sujeto de derechos y obligaciones derivados de dicho contrato. Según tenemos conocimiento, no existe en el contrato de concesión respectivo ninguna disposición que implique responsabilidad solidaria o conjunta de los socios de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y de las obligaciones derivadas de dicho contrato es responsable el concesionario.

4. Sobre la comunicación remitida por el representante legal del Concesionario en la que alude a que la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) es accionista del 70% en el capital de la concesionaria y además "se encarga de hacer la totalidad de los pagos que tiene que hacer Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.". Sobre el particular es necesario indicar que, sin perjuicio de cómo se organice el flujo de dineros al interior de la sociedad concesionaria, las obligaciones que deben verificarse por parte de la misma de cara a la ANI son de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y no de BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización), por lo que no hay acreencia alguna de la ANI a ser cobrada a la sociedad en reorganización y el hecho de que se afirme que la sociedad en reorganización se hace cargo de pagos de la sociedad concesionaria no convierte a BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) en deudora de la ANI o de ningún otro acreedor de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., puesto que son dos personas jurídicas y cada una tiene sus propios atributos.

5. Debe tenerse presente que el proceso de reorganización del que hace parte la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. C.I. es un trámite que tiene su origen en una cesación de pagos en la que cayó dicha sociedad desde el año 2018, pero cuya finalidad es preservar la empresa y normalizar las relaciones comerciales y crediticias mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos y pasivos a través de un acuerdo a celebrarse con los acreedores (Artículo 1 de la Ley 1116 de 2006). En este sentido, la sociedad por ahora no desaparecerá como consecuencia del proceso de reorganización y en caso de que no sea viable el juez concursal abrirá el trámite liquidatorio en su momento. De otro lado, la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. no se encuentra en proceso de reorganización o liquidación (según consulta hecha a través de la Baranda Virtual de la Superintendencia de Sociedades y en el registro mercantil).

*6. Visto lo anterior y de acuerdo con la información suministrada, **la ANI no tiene la calidad de acreedor frente a la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización)** y por lo tanto no existe una acreencia a ser presentada en el mencionado proceso con el que se busca reorganizar la deuda y las obligaciones de BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) pero no de aquellas sociedades en las que tenga participación accionaria pues la vida jurídica de estas y el desarrollo de sus objetos sociales es jurídicamente diferente al desarrollo del objeto social de BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización).*

En este sentido vale la pena citar lo conceptuado por la Superintendencia de Sociedades en oficio 220-072648 del 11 de mayo de 2018 según el cual:

(...)

2. Los sujetos vinculados en situación de control o grupo empresarial en los términos de la Ley 222 de 1995 conservan su individualidad jurídica, es decir, mantienen sus atributos y las obligaciones que le corresponde asumir a cada uno. Ello quiere significar que por solo el hecho de la vinculación no existe solidaridad entre matriz y subordinada, luego la matriz podría asumir las obligaciones y obtener los derechos que le corresponden a sus subordinadas; es decir, los derechos que le asisten a éstas deben ser cumplidos por ellas mismas en ejercicio de su autonomía, pues a pesar del vínculo con su matriz, ello no faculta a esta última para asumir derechos que no le son inherentes.

3. Si la persona jurídica (subordinada) se extingue, sus derechos y obligaciones no pueden ser asumidos por la matriz, pues como se ha dicho, el hecho que exista una situación de control o grupo empresarial no le quita ni le suma la autonomía, e

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

individualidad a cada una de las personas que conforman la situación de control o el grupo. (...)

7. Debe tenerse en cuenta que el patrimonio de una sociedad es la prenda general de sus acreedores, por lo que debe concluirse que la sociedad concesionaria responde con su patrimonio, independientemente de su composición accionaria o de la forma en que fluyan los dineros a ella. Ahora bien, en caso de que la sociedad concesionaria se encuentre en el futuro en una situación de insolvencia, podrá perseguirse que la sociedad controlante (BULL PETROLEUM S.A.S. C.I.) responda en forma subsidiaria por las obligaciones de la subordinada, para este caso Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. (Artículo 61 ley 1116 de 2006) si la situación de insolvencia fue producida por causa o con ocasión de las actuaciones realizadas por la controlante, pero en la actualidad la sociedad concesionaria no se encuentra en insolvencia por lo que no existe obligación por parte de la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. C.I. en reorganización de pagar o reconocer acreencias de sociedades diferentes a ella".

Así las cosas, se informa que es de conocimiento de la Agencia, el sometimiento al Régimen de Insolvencia de la Sociedad Bull Petroleum S.A., socio mayoritario de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., según se indica en el radicado ANI No. 20194090886442 del 26 de agosto de 2019.

1.1. De la justificación presentada por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., para la suspensión del proceso administrativo sancionatorio.

Ahora bien, en cuanto a la inquietud planteada sobre la procedencia de la suspensión del proceso sancionatorio con motivo del actual proceso de reorganización en el que se encuentra el mayor accionista de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., es importante referir las disposiciones normativas vigentes en materia de sociedades y el Contrato de Concesión, para a partir de estas presentar nuestras consideraciones al caso en concreto.

a) De la personalidad jurídica de una sociedad comercial y la responsabilidad en sociedades anónimas.

"Se llama persona jurídica, una persona ficticia, capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente"¹. La anterior definición acogida por algunos doctrinarios considera a la persona jurídica como una ficción creada por el legislador, pero a la que se le otorga una capacidad jurídica y poder de representación. Esta ficción pretende separar las autonomías patrimoniales de las personas constituyentes y el ente societario naciente².

Otros doctrinantes consideran que la persona jurídica es una realidad reconocida por el legislador, la cual dota de atributos. A pesar de la perspectiva que se acoja, vale aclarar que la persona jurídica adquiere la capacidad para ejercer y contraer obligaciones, ejerciendo actos de manifestación reales.³

Así, el reconocimiento de la personalidad jurídica de las sociedades implica que tendrá entre otros atributos el derecho a ser sujeto de derechos y obligaciones y el derecho a un patrimonio propio, independientes de los socios, este último que se constituye en garantía para los terceros que contratan con la sociedad y al servicio de la misma.

Al respecto, es preciso traer a colación la disposición normativa del Código de Comercio, que refiere "(...) La sociedad, una vez constituida legalmente, forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados,⁴ implicando la separación de patrimonios y garantizando con

¹ Artículo 633 del Código Civil

² Revista de derecho privado No. 8 de 2005. Universidad Externado. Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano. La sociedad y la empresa como institución. Página 54. "Esta teoría es la acogida por nuestra legislación civil y a su vez fue tomada del Código Civil de don ANDRÉS BELLO, a su turno inspirado en el Código francés y en SAVIGNY, quien vinculó el concepto de sujeto de derecho o persona con el de voluntad de los seres humanos. Por lo tanto, sólo son personas los seres dotados de voluntad, vale decir los humanos, por consiguiente, sólo ellos pueden ser sujetos de derecho, por cuanto el derecho subjetivo es un poder que la ley otorga a una voluntad. SAVIGNY afirma "que el derecho positivo puede crear artificialmente una personalidad jurídica". Estos seres creados artificialmente son ficticios, pues no existen naturalmente de la misma manera que las personas físicas, sino sólo para fines jurídicos"

³ Revista de derecho privado No. 8 de 2005. Universidad Externado. Dimensión institucional de la persona jurídica en el derecho colombiano. La sociedad y la empresa como institución. Página 54 "Con relación al principal efecto del acto constitutivo de la personalidad jurídica societaria, el artículo 98 C. Co. establece: "la sociedad, una vez constituida legalmente forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados". Como consecuencia de ello puede adquirir derechos, contraer obligaciones y actuar en la vida jurídica como sujeto autónomo, según el artículo 633 C. C., que es aplicable, como principio general, a todas las personas jurídicas, entre ellas a la sociedad comercial; con lo cual se hace resaltar la realidad constituida por una presencia constante de los asociados que no desaparecen absorbidos por la persona jurídica, sino que entran a ser y a obrar colectivamente en el campo del derecho, como son y obran colectivamente en la vida de los negocios, independientemente de su autonomía personal en el manejo de sus propios intereses. De este modo es como la sociedad adquiere en el campo del derecho una entidad de sujeto de derechos y obligaciones, distinto de los asociados que individualmente la constituyen."

⁴ Artículo 98. Código de Comercio.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

el capital social el cumplimiento de las obligaciones contraídas, pero limitado a la responsabilidad que los constituyentes de esta asumen, dependiendo del tipo societario creado.

De lo anterior puede inferirse, el hecho de que la sociedad tenga una personalidad jurídica propia, se desliga de los accionistas dando vida a una nueva persona generando independencia entre los socios y la sociedad. Así también es claro que una vez surge la organización no asumen obligaciones particulares frente a la sociedad ni actividades propias del objeto social, por lo que no sería posible aplicar a los socios los actos jurídicos que la sociedad realice, y en sentido contrario, la de los que los socios ejecuten.

Ahora bien, frente a la responsabilidad de los socios y/o accionistas de una Sociedad Anónima, esta se encuentra restringida al aporte y/o monto de sus acciones, en otras palabras existe una responsabilidad limitada, por lo que ante las obligaciones adquiridas en desarrollo del objeto social será la institución societaria quien responda con su capital social.

En conclusión, la separación de patrimonios, como un atributo de la personalidad jurídica, produce una incomunicabilidad de responsabilidad patrimonial del socio por las obligaciones que adquiera la sociedad jurídica, a excepción de aquellas formas societarias en las que se pacta una responsabilidad solidaria e ilimitada para todos o para algunos socios.⁵

b) Del Contrato de Concesión y su vínculo contractual.

El negocio jurídico celebrado entre las partes consistió en otorgarle por parte de la ANI a la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A., un derecho exclusivo y temporal sobre los bienes de uso público, a cambio de una contraprestación y bajo el modelo de concesión portuaria para que construyera y operara, mantuviera y administrara un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del concedente.

Pues bien, durante el trámite de otorgamiento de la concesión portuaria, mediante radicado ANI No. 20147020077853 se realizó la verificación de los requisitos contemplados por la Ley 1 de 1991 y el Decreto 4735 de 2009, acreditándose su condición de Sociedad Anónima a través del Certificado de Existencia y Representación Legal y actualizado con la suscripción del contrato mediante radicado ANI No. 2016- 409-015159-2 del 25 de febrero de 2016, al cual refiere al anexo 3 del contrato.

Así, en la celebración del acuerdo jurídico se crearon obligaciones y derechos aceptados por BULLPESA S.A. y la AGENCIA. Así mismo, los riesgos referidos a la obtención de utilidades o pérdidas, y la consecución de su financiación, fueron asumidos por el concesionario, según se encuentra estipulado en la cláusula 17 de "distribución de riesgos" del Contrato de Concesión.

De lo expuesto es claro que el contrato fue válidamente celebrado con la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A. en su calidad de Sociedad Anónima y con la debida representación, por lo que la relación contractual es directamente con la mencionada sociedad.

c) Consideraciones particulares sobre la solicitud de suspensión del proceso administrativo sancionatorio

A partir de lo anterior (sic) expuesto y frente al caso en particular, se tiene que:

- *En el proceso de reorganización han de concurrir los acreedores de Bullpetroleum S.A.S. - C.I., es decir, los titulares de créditos ciertos, contingentes o litigiosos⁶.*
- *La Agencia no es acreedora de la sociedad concursada, toda vez que, el contrato de concesión fue celebrado con la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A., por lo que no habría lugar a reconocimientos a favor de la ANI dentro del proyecto de calificación y graduación de créditos, según lo reafirmó la Gerencia de Defensa Judicial.*
- *Si bien el artículo 21 de la Ley 1116 de 2006 limita el decreto de caducidad administrativa ante el inicio de un proceso de reorganización, exceptuándose el caso en que la caducidad haya sido iniciada con anterioridad a dicho proceso. Al respecto, se aclara que la Sociedad*

⁵ Concepto Sala de Consulta C.E. 1346 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil "...1.1.2 La clasificación de las sociedades de personas y de capitales. Esta distinción formó parte del proyecto de Código de Comercio de 1958, pero fue eliminada. Por tanto, el Código expedido mediante decreto ley 410 de 1971 no contiene una norma que institucionalice la clasificación de las sociedades comerciales en de personas y de capitales.

⁶ Artículo 25 de la Ley 1116 de 2006

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

BULLPESA S.A. es una persona jurídica diferente de la concursada y a pesar de que BULLPETROLEUM S.A.S. – C.I. es su socio mayoritario, no es la persona jurídica con quien se constituyó el vínculo contractual ni quien contrajo obligaciones y derechos con el Contrato de Concesión.

- *En virtud de la separación patrimonial como atributo de la personalidad jurídica de las sociedades, la responsabilidad de los socios y/o accionistas de una Sociedad Anónima, se encuentra limitada al aporte y/o monto de sus acciones, por lo que por las obligaciones adquiridas en desarrollo del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 será la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., quien responda con su capital social.*

Por lo anterior, la existencia del proceso de reorganización en el que actualmente se encuentra BULL PETROLEUM S.A.S., a través del cual busca lograr un acuerdo con sus acreedores para normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, entre los cuales no se encuentra la ANI al carecerse de una relación y/o vínculo contractual, no daría lugar a la suspensión del proceso administrativo sancionatorio. (...).”

Con fundamento en el anterior concepto, el cual fue incorporado a la actuación y surtido su traslado a los citados, para el Despacho es claro que en la presente actuación no hay lugar a acceder a la solicitud de suspensión del proceso sancionatorio.

4. DE LA DECISIÓN DE SANCIÓN, SU FUNDAMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE DESCARGOS

4.1. Respecto de la competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura para emitir el presente acto administrativo.

Las atribuciones para el reconocimiento, imposición y cobro de sanciones pecuniarias, tiene su sustento en la esencia básica de los fines de la contratación estatal contemplados en el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, permitiendo según su artículo 4 siguiente, que se adelanten todas las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiese lugar.

En el numeral 6 del referido artículo, se establece que para la consecución de los fines de que trata el artículo 3 de esa misma Ley, las Entidades Estatales adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

En apoyo de lo anterior, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgó a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, la facultad para imponer las multas pactadas en el contrato, declarar su incumplimiento e incluso hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el pacto contractual. Es así, como en virtud del principio rector del debido proceso, es obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantice los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, debe asegurar que la decisión este precedida de audiencia del afectado.

Así las cosas, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció el procedimiento que deben adoptar dichas entidades para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios–, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, incluida la caducidad, y hacer efectiva la cláusula penal, eventos en los cuales, igualmente puede hacer efectiva la garantía conforme lo señalado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015.

Al respecto es pertinente indicar que el Consejo de Estado⁷ ha señalado que “...el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cauce procedimental para la declaratoria de caducidad.”

De acuerdo con lo señalado, es preciso indicar que en el año 2016 se suscribió entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que en su cláusula primera dispuso: “El objeto del presente contrato es

⁷ CE, S3, Sb. C, C.P. Enrique Gil Botero, veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

el otorgamiento al **CONCESIONARIO** por parte del **CONCEDENTE**, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la **CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS** para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del **CONCEDENTE**, en los términos descritos en la **CLÁUSULA 13 - VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN** de este Contrato”.

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, son 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 las Resoluciones 273 del 13 de febrero de 2018, 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 de 25 de febrero de 2020 de la Agencia Nacional de Infraestructura, el Coordinador del GIT de procedimientos administrativos Sancionatorios Contractuales, tiene la competencia para adoptar la decisión de los procedimientos administrativos sancionatorios, tal como quedó estipulado en el artículo primero de la referida Resolución que dispone:

“Artículo 1. Delegación en el Vicepresidente Jurídico y en el Gerente del Proyecto y/o Funcional G2 09. Delegar en el Vicepresidente Jurídico y en el Gerente de Proyecto y/o Funcional G2 09 con funciones de coordinación, trámite y finalización de los procesos administrativos sancionatorios, la facultad de declarar el incumplimiento, imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, así como la facultad de resolver los recursos que contra ellas impongan conforme la Ley 1437 de 2011”.

Así mismo, el CPACA (Ley 1437 de 2011) en los artículos 34 a 45 y 47 a 52 dispone las Reglas Generales de Procedimiento Administrativo General, que principalmente en materia de pruebas, complementa el procedimiento Administrativo Sancionatorio regulado en el artículo 86 de la Ley 1474.

En tales condiciones, en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 suscrito el 4 de noviembre de 2016 entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., esta Entidad tiene la competencia, en cabeza de su presidente o de quien este delegue, para declarar la caducidad del contrato, declarar incumplimientos contractuales, así como la de imponer multas, hacer efectiva una cláusula penal, declarar un siniestro, e imponer perjuicios, según sea el caso.

4.1.1. Del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

El 4 de noviembre de 2016 se suscribió entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que en su cláusula primera dispuso: “El objeto del presente contrato es el otorgamiento al **CONCESIONARIO** por parte del **CONCEDENTE**, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la **CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS** para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del **CONCEDENTE**, en los términos descritos en la **CLÁUSULA 13 - VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN** de este Contrato”.

4.1.2. De la Naturaleza del Contrato de Concesión Portuaria.

En cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 01 de 1991 “Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, le fue otorgada a la Sociedad

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Portuaria Bullpesa, por parte de la ANI, mediante la expedición de la Resolución No. 833 de 14 de junio de 2016, una Concesión Portuaria, por cumplir los requisitos exigidos por la mencionada ley y las condiciones fijadas en la Resolución No. 763 de 2015, suscribiendo así el 4 de noviembre de 2016 el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

El contrato celebrado está regido por los principios generales de la contratación, como el previsto en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 el cual dispone: “*Los Contratos son Ley para las Partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”. Al respecto, el Consejo de Estado⁸ se ha pronunciado en los siguientes términos:

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

Ahora bien, el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, estableció como ley para las partes, en su Cláusula Décimo Tercera, como obligación el pago de la contraprestación, obligación propia del negocio contractual.

Adicionalmente hay que tener presente que dicho contrato goza de ciertas características que lo diferencian ampliamente de otros Negocios Jurídicos, según está estipulado en la mencionada Ley 01 de 1991, en su artículo 5, numeral 5.2, la cual establece:

“5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, 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.”

La Ley 80 de 1993, respecto a los contratos de concesión establece en el artículo 32:

“(…) Contrato de Concesión.

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,

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de septiembre de dos mil tres (2003). Radicación Número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119) Actor. Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

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.”

En la definición que nos trae la norma, se materializa un rasgo particularísimo de los contratos de concesión, consistente en que es el contratista/concesionario quien realiza la ejecución del contrato a su cuenta y riesgo, en la medida en que la Nación concede al concesionario la explotación, en este caso de un puerto, con la correlativa carga de pagar una contraprestación a la Nación.

4.2. DEL PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER.

Definido el escenario fáctico, probatorio y jurídico del asunto, se pasa entonces a analizar si la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.** incumplió las obligaciones contractuales relacionadas con (i) Plan de Inversión, (ii) Operación del terminal portuario, (iii) Presentación del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO, (iv) Pago de la Contraprestación y (v) Fondeo Subcuenta Interventoría, los cuales, de ser probados, tendrían como consecuencia, además de la declaratoria de esos incumplimientos, la declaratoria de la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, hacer efectiva la cláusula penal y la imposición de los perjuicios que de ello se deriven.

4.3. DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES.

4.3.1. EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO DEL PLAN DE INVERSIONES:

4.3.1.1. Supuestos fácticos y documentales.

Mediante Resolución No. 1904 del 17 de diciembre de 2019, la Agencia Nacional de Infraestructura declaró el incumplimiento de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 12 y en el numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, esto es, por no haber ejecutado el plan de inversiones. Asimismo, impuso multa conminatoria por valor de USD\$193.271 y declaró la ocurrencia de siniestro de incumplimiento amparado por la Póliza de Cumplimiento No. 85-44-101079846 expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

Mediante Resolución No. 237 del 18 de febrero de 2020 la Agencia resolvió el recurso de reposición interpuesto por BULLPESA S.A. en contra de la Resolución No. 1904 de 2019, confirmando la decisión en los términos allí expuestos, lo que implicó la confirmación de la sanción.

Dicho incumplimiento, que fue declarado y confirmado el 18 de febrero de 2020, a la fecha persiste, con base en los siguientes hechos demostrados a partir de las pruebas obrantes en la actuación.

Mediante Circular No. 20203080182051 del 30 de junio 2020 se solicitó al Concesionario (Reportes semestrales de inversión) reportar la información relacionada con la inversión de capital privado ejecutada durante el primer semestre de 2020, mediante el diligenciamiento de los siguientes Formatos:

- GCSP-F-011 “Informe de inversión de capital privado en bienes de uso público del Modo Portuario según el marco normativo para Entidades del Gobierno”.
- GCSP-F-044 “Reporte detallado inversión de capital privado efectuada en los bienes de uso público por el Concesionario” y
- Anexo en dólares – Informe de inversión de capital privado en bienes de uso público del Modo Portuario.

La solicitud fue reiterada mediante correos electrónicos de los días 08 y 14 de julio 2020. Se obtuvo respuesta por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A mediante correos electrónicos de 08 y 15 de julio 2020, donde remitieron los formatos GCSP-F-011, GCSP-F-044 y Anexo en dólares, suscritos por el Representante Legal, Contador y Revisoría Fiscal, reportando no haber ejecutado inversión en los bienes de uso público concesionados.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

El Grupo de Puertos de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia, realizó visita de seguimiento técnico a la Concesión Portuaria el día 01 de diciembre de 2020, en la que se destacó, que *“El Concesionario manifiesta que la Aseguradora ya efectuó el pago ante la multa impuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura, ante la NO ejecución del Plan de Inversiones establecido contractualmente. Indicó, además, no haber realizado ningún tipo de operación en la concesión portuaria (...)”* (Subrayado fuera del texto). Además, no se evidenció infraestructura alguna en el sector entregado a la concesión portuaria.

Posteriormente, mediante Circular No. 20203080396671 del 23 de diciembre 2020, se solicitó al Concesionario reportar la información relacionada con la inversión de capital privado ejecutado durante el segundo semestre de 2020, mediante el diligenciamiento de los siguientes Formatos:

- GCSP-F-011 “Informe de inversión de capital privado en bienes de uso público del Modo Portuario según el marco normativo para Entidades del Gobierno”,
- GCSP-F-044 “Reporte detallado inversión de capital privado efectuada en los bienes de uso público por el Concesionario” y
- Anexo en dólares – Informe de inversión de capital privado en bienes de uso público del Modo Portuario.

La solicitud fue reiterada mediante correos electrónicos de los días 15 y 19 de enero de 2021. Se obtuvo respuesta por parte de Sociedad Portuaria Bullpesa S.A mediante 4 correos electrónicos del 20 de enero de 2021, donde remitió los formatos GCSP-F-011, GCSP-F-044 Anexo en dólares, suscritos por el Representante Legal y la Revisoría Fiscal; en dichos correos el propio concesionario reportó no haber ejecutado inversión en los bienes de uso público concesionados.

Así las cosas, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, y que de ningún modo fueron desvirtuadas por el concesionario, para el Despacho es claro que el concesionario incumplió su obligación de realizar las inversiones previstas en el plan de inversiones del Contrato de Concesión, y así se declarará.

4.3.2. EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO POR LA NO OPERACIÓN DEL TERMINAL PORTUARIO:

4.3.2.1. Supuestos fácticos y documentales.

El incumplimiento del Plan de Inversiones se traduce en la inexistencia de la infraestructura prevista para el proyecto, lo que impide la consecuente operación del Terminal Portuario en los términos descritos en la Cláusula 5⁹ del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 y, por tanto, la parálisis en la prestación del servicio público establecido en la Cláusula 6 del mencionado Contrato de Concesión.

La citada cláusula 5 y la Resolución de Otorgamiento No. 833 de 2016¹⁰ describieron el proyecto que se adelantaría en la zona concesionada, el cual consistía en instalaciones portuarias *offshore* para la construcción de una plataforma de operación localizada aproximadamente a 760 metros de distancia de la línea de playa, la construcción de 6 piñas de atraque, 6 piñas de amarre para las embarcaciones (buques y barcasas), y de un viaducto/pasarela de acceso con rack de tuberías (pipe-rack). Las líneas comunicarían la plataforma marina con la instalación *onshore* conformada por tanques y estaciones de descargue y despacho de los productos derivados del petróleo y crudos.

Ahora bien, si la ejecución del plan de inversiones se hubiese realizado según lo establece el Contrato de Concesión en su cláusula 12, es decir, en el primer año de la ejecución contractual, la finalización de su fase constructiva correspondería al día 12 de junio de 2018, dándose inicio de su fase operativa y, por tanto, de la prestación del servicio público, desde el día 13 de junio de 2018, es decir, a partir del año 2 de la ejecución contractual.

⁹ CLÁUSULA 5 DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO, ESPECIFICACIONES TÉCNICAS, MODALIDADES DE OPERACIÓN, VOLÚMENES Y CLASE DE CARGA.

¹⁰ Resolución No.833 de 2016 “Por la cual se otorga una concesión portuaria a la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A”

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Sin embargo, según memorando radicado ANI No. 20196050196343 del 18 de diciembre de 2019, la Coordinación del Grupo Interno de Trabajo Ambiental remitió informe de la visita de seguimiento adelantada a la concesión portuaria los días 10 y 11 de diciembre de 2019. La prueba de la falta de infraestructura y su consecuente falta de operación puede evidenciarse en los siguientes registros fotográficos que acompañaron el mencionado informe de visita:

	
Foto: Área de Uso Público Terrestre	Foto: Área de Uso Público Marítima
	
Foto: Estructuras en tierra - área adyacente	Foto: Estructuras preliminares en zonas adyacentes abandonadas

La mencionada parálisis del servicio público fue puesta en evidencia en los Boletines Estadísticos de Tráfico Portuario en Colombia¹¹ publicados por la Superintendencia de Transporte los cuales no contienen información sobre movilización de carga por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. para los años 2018, 2019, ni 2020¹². Además, al respecto vale la pena mencionar que, mediante correo electrónico institucional del 01 de septiembre de 2020, enviado por el Representante Legal de la Sociedad Concesionaria a la supervisión del Contrato, se indicó que la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A. “no ha ejecutado ninguna obra y por lo tanto no está desarrollando la operación portuaria”.

Asimismo, el Grupo de Puertos de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia realizó visita de seguimiento técnico a la Concesión Portuaria el día 01 de diciembre de 2020, informe en el que se destacó que “El Concesionario manifiesta que la Aseguradora ya efectuó el pago ante la multa impuesta por la Agencia Nacional de Infraestructura, ante la NO ejecución del Plan de Inversiones establecido contractualmente. Indica, además, no haber realizado ningún tipo de operación en la concesión portuaria (...)” (Subrayado fuera del texto)

¹¹ SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE. Estadísticas Tráfico Portuario en Colombia < <https://www.supertransporte.gov.co/index.php/superintendencia-delegada-de-puertos/estadisticas-traffic-portuario-en-colombia/>>

¹² Corresponde al último Boletín estadístico de Tráfico Portuario en Colombia publicado por la Superintendencia de Transporte, a la fecha.

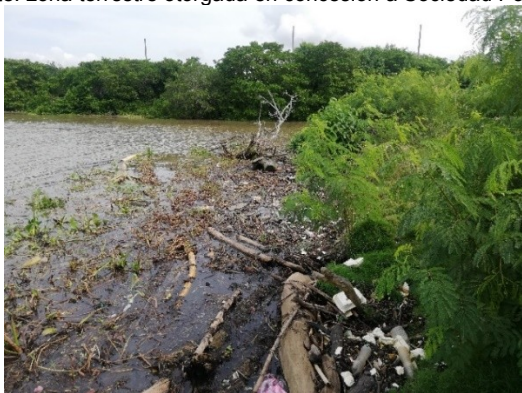
RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Lo anterior, está soportado en los siguientes registros fotográficos que acompañan el mencionado informe de visita:

Vista hacia el occidente: zona terrestre otorgada en concesión a Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., al fondo se aprecia instalaciones vecinas (pasarela de Sociedad Portuaria Bavaria).



Vista hacia el oriente: zona terrestre otorgada en concesión a Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.



Vista hacia el nor-occidente: zona marítima otorgada en concesión a Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.



RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Vista hacia el sur: zona adyacente, propiedad del Concesionario. Sin construcciones, al fondo se observan construcciones que serían bases para tanques de almacenamiento.



Vista hacia el norte, desde la Zona adyacente



Acceso vehicular a la zona adyacente, desde la vía principal que corresponde al Corredor de Carga hacia Pasacaballos



Así las cosas, a partir de las pruebas obrantes en el expediente, ninguna de las cuales ha sido desvirtuada por el concesionario, para el Despacho es claro que se encuentra demostrado que el concesionario incumplió su obligación de operación del puerto.

4.3.3. EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO POR LA NO PRESENTACIÓN DEL REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN:

4.3.3.1. Supuestos fácticos y documentales.

Con el propósito de que la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A. diera cumplimiento a la Resolución No.000850 de 2017 emitida por el Ministerio de Transporte “Por medio de la cual se establece el contenido del Reglamento Técnico de Operaciones de los puertos marítimos y se dictan otras disposiciones”, se envió solicitud al Concesionario mediante radicado ANI No. 2017-303-012605-1 del 28 de abril de 2017.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

Mediante comunicación ANI No. 2018-303-003717-1 del 08 de febrero de 2018 se envió reiteración a la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., para la presentación de su Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación según la Resolución No.0004159 del 06 de octubre de 2017 emitida por el Ministerio de Transporte *“Por la cual se establecen nuevos plazos para el ajuste de los Reglamentos Técnicos de Condiciones de Operación de Puertos Marítimos”*.

Mediante las comunicaciones ANI No. 2018-303-018045-1 del 13 de junio de 2018 y No. 2019-303-004981-1 del 20 de febrero de 2019 se remitió, al Concesionario, segunda y tercera reiteración para la presentación de su Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, respectivamente, sin obtener respuesta.

Al respecto es pertinente mencionar que, a la fecha, no existe evidencia alguna de la presentación, por parte del BULLPESA S.A., del RCTO del Terminal Portuario ni comunicación alguna mediante la cual se manifieste la voluntad del concesionario de cumplir con dicha obligación.

Si a ello se suma que en la presente actuación el concesionario en modo alguno desvirtuó dicha situación, resulta evidente para el Despacho que se encuentra demostrado el incumplimiento por parte de BULLPESA S.A. de su obligación de presentar el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación – RCTO, en los términos pactados contractualmente y en las Resoluciones del Ministerio de Transporte 850 de 2017 y 4159 de 2017.

4.3.4. EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO POR EL NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA:

4.3.4.1. Supuestos fácticos y documentales.

La Agencia Nacional de Infraestructura convocó al Concesionario mediante el radicado ANI No. 2018-308-001092-1 del 15 de enero de 2018, con el propósito de realizar una revisión previa de la autoliquidación en conjunto con el Área Financiera de la Entidad, y así validar previamente el pago a realizar. Asimismo, se solicitó allegar la autoliquidación del valor vencido a 31 de diciembre de 2017 y del valor anticipado para el año 2018, detallando las variables utilizadas.

Mediante radicado ANI No. 2018-308-008653-1 del 20 de marzo de 2018, se requirió al concesionario el pago pendiente por concepto de contraprestación y sus correspondientes intereses de mora, tanto al INVIAS como al Municipio de Cartagena de Indias.

A través de radicado ANI No. 2018-308-011760-1 del 18 de abril de 2018, se reiteró a BULLPESA S.A. la necesidad de enviar a la Entidad la autoliquidación de contraprestación del año 2018 indicando los cálculos y las variables utilizadas para la misma, así como el respectivo soporte de pago.

Posteriormente, el día 16 de mayo de 2018, en las instalaciones de la Superintendencia de Transporte se realizó una reunión¹³ con la participación de la Sociedad Portuaria Bullpesa y la ANI, en cuyos compromisos el Concesionario remitió oficio a la Superintendencia de Transporte en el que informó formalmente, entre otros aspectos, no haber iniciado la operación del Terminal Portuario¹⁴, y por lo tanto no reportar información de carga movilizada.

Mediante radicado ANI No. 2018-409-094243-2 del 13 de septiembre de 2018, el INVIAS informó a la ANI, no haber recibido pagos por concepto de contraprestación portuaria de la Sociedad BULLPESA S.A.

Mediante radicado ANI No. 2018-308-037136-1 del 07 de noviembre de 2018 dirigido a INVIAS y a la Alcaldía Distrital de Cartagena de Indias, la Agencia informó, entre otros aspectos, que según la revisión de la liquidación de contraprestación portuaria metodología CONPES 3744 al Contrato No. 001 de 2016 suscrito con la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A, *“(…) adeuda, al 28 de febrero 2018, por concepto de contraprestación la suma de USD\$112.101 por Capital (de los cuales*

¹³ Copia del acta reposa en el expediente contractual bajo el Rad. 20183080118363 del 06/08/2018

¹⁴ Radicado ANI No. 20183080118363 del 06/08/2018

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

USD89.681 corresponden al INVIAS y USD 22.420 corresponden al Municipio de Cartagena (...).”

Mediante radicado ANI No. 2019-409-010641-2 del 04 de febrero de 2019 la Subdirección Marítima y Fluvial de INVIAS, solicitó:

“(...) la liquidación de la deuda de las vigencias 2017 y 2018, tanto de capital como de intereses de mora, así como una proyección de los mismos (1 mes), del contrato 001 de 2016, que adeuda la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A a la Nación – Instituto Nacional de Vías a la fecha.

Lo anterior, con el fin de requerir el pago de la Contraprestación y de los intereses a la Sociedad Portuaria, y en dado caso solicitar a la Oficina Jurídica del Instituto adelantar el respectivo proceso de cobro por Jurisdicción Coactiva. (...)”

Con radicado ANI No. 2019-409-052993-2 del 23 de mayo de 2019, el INVIAS informó a la ANI que la Sociedad Portuaria Bullpesa no había efectuado los pagos por concepto de contraprestación correspondientes a las anualidades de las vigencias 2017, 2018 y 2019, establecidos en la cláusula 13.1 del Contrato.

Mediante el radicado ANI No. 2019-308-017740-1 del 06 de junio de 2019 se remitió al INVIAS los cálculos sobre intereses moratorios y capital adeudado por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A a febrero de 2019.

Mediante el radicado ANI No. 2019-303-031588-1 del 13 de septiembre de 2019 se solicitó al INVIAS informar a la ANI el estado de cumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. Como respuesta, mediante radicado ANI No. 2019-409-100588-2 del 24 de septiembre de 2019, INVIAS indicó que, a la fecha, la mencionada Sociedad no había realizado el pago del valor fijado en la liquidación efectuada por la ANI, según comunicación No. 2019-308-017740-1 del 06 de junio de 2019.

Adicionalmente, mediante el radicado No. 2019-303-031585-1 del 13 de septiembre de 2019 se solicitó a la Alcaldía de Cartagena de Indias informar a la ANI el estado de cumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. Como respuesta, mediante radicado No. 2019-409-126792-2 del 04 de diciembre de 2019 la Alcaldía de Cartagena reportó no haber recibido pagos por concepto de contraprestación por parte de la Sociedad Bullpesa S.A.

Mediante radicado ANI No. 2019-409-108974-2 del 16 de octubre de 2019, la Oficina Asesora Jurídica de INVIAS solicitó remitir liquidación del valor adeudado por la Sociedad Concesionaria, determinando el valor adeudado por cada vigencia, con corte al 30 de noviembre de 2019. La Agencia emitió respuesta dirigida al INVIAS con copia a la Alcaldía de Cartagena mediante radicado No. 2019-308-042672-1 del 10 de diciembre de 2019, en donde se relacionó el valor de la deuda por concepto de contraprestación e intereses moratorios que tiene el Concesionario, tanto con INVIAS como con el Municipio de Cartagena, a fecha de corte 31 de diciembre de 2019.

Mediante radicado ANI No. 2020-308-002428-1 del 29 de enero de 2020, la Agencia convocó a Bullpesa S.A. para realizar una revisión previa de la autoliquidación en conjunto con el Área Financiera de la Entidad, con el fin de validar de manera previa el pago a realizar. Lo anterior, teniendo en cuenta el pago a efectuarse antes de finalizar febrero de 2020. No obstante, no se obtuvo respuesta por parte del Concesionario.

Mediante oficio OAJ 22093 del 18 de junio de 2020, allegado a la ANI el radicado No. 20204090545412 del 23 de junio de 2020, el Instituto Nacional de Vías - INVÍAS informó que, a la fecha, no había recibido pagos por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

Mediante radicado ANI No. 20203080346141 del 12 de noviembre de 2020, la Agencia remitió tanto al Instituto Nacional de Vías - INVIAS, como a la Alcaldía de Cartagena y a la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., los valores adeudados por el Concesionario Sociedad Bullpesa S.A., por concepto de Contraprestación portuaria e intereses moratorios., con fecha de corte a 30 de noviembre de 2020. En aquella oportunidad se requirió al Concesionario informar y remitir autoliquidación y soportes de pago del saldo pendiente, sin perjuicio de las acciones que, tanto las entidades recaudadoras (INVIAS y Municipio) como la ANI, en el marco del Contrato de

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Concesión, realicen por el no cumplimiento de la obligación. No hubo pronunciamiento o respuesta por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

En conclusión, a la fecha, no se ha reportado cumplimiento por parte de BULLPESA S.A. en el pago de la Contraprestación Portuaria en los términos pactados contractualmente, lo cual, aunado a las pruebas obrantes en la actuación, y al hecho de que el concesionario de ninguna forma desvirtuó en la presente actuación que esté incumplido en el pago de la contraprestación, lleva al Despacho a concluir que se encuentra demostrado el incumplimiento del concesionario a su obligación de pagar la contraprestación al Distrito de Cartagena y al Invías.

4.3.5. EN RELACIÓN CON EL INCUMPLIMIENTO A LA OBLIGACIÓN DE FONDEAR LOS RECURSOS NECESARIOS PARA LA CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA DEL CONTRATO:

4.3.5.1. Supuestos fácticos y documentales.

La ANI, mediante los oficios relacionados a continuación, solicitó al Concesionario el cumplimiento de las obligaciones establecidas en los parágrafos segundo y tercero del numeral 13.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, con el fin de que se remitieran los respectivos soportes de los fondeos al Patrimonio Autónomo constituido mediante Contrato de Fiducia Mercantil No. 10040 del 07 de junio de 2017 y el correspondiente pago de los intereses moratorios, así:

- Rad. 20173030160851 del 26 de mayo de 2017
- Rad. 20173080192291 del 22 de junio 2017
- Rad. 20173080244131 del 01 de agosto de 2017
- Rad. 20173030305721 del 20 de septiembre de 2017

Posteriormente, la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., mediante comunicación con radicado ANI No. 2018-409-001020-2 del 05 de enero de 2018, envió a la ANI un soporte de consignación por valor de COP \$757.744.783 que hace parte del fondeo para la contratación de la Interventoría de Obras e Inversión. No obstante, y teniendo en cuenta que el fondeo se hizo de manera extemporánea, el Concesionario adeuda un saldo del fondeo junto con sus intereses moratorios, (a diciembre 31 de 2020, correspondería a la suma de **\$167.773.534** de los cuales **\$95.718.848** corresponden al saldo pendiente por fondear y **\$72.054.686** el valor de los intereses moratorios causados), para cumplir con la totalidad de la obligación pactada en la Cláusula 13 del contrato en referencia.

En virtud de ello, la Agencia Nacional de Infraestructura –ANI, mediante oficio con radicado ANI No. 2018-303-015900-1 del 24 de mayo de 2018 informó dicha situación a la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., con el fin de conminarlo, en un término perentorio, al cumplimiento de la obligación pactada en los parágrafos segundo y tercero del numeral 13.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, sin obtener respuesta.

Por otro lado, mediante radicado ANI No. 2019-409-128983-2 del 10 de diciembre de 2019, la Fiduciaria Bancolombia informó a la ANI que, conforme a lo estipulado en la Cláusula Vigésima del Contrato de Fiducia No. 10040, procedería con la liquidación unilateral del mismo, el cual tiene como finalidad habilitar un vehículo fiduciario a través del cual se reciban y administren los recursos y se efectúen los pagos que la ANI instruya bajo su responsabilidad para la auditoría del Contrato de Concesión Portuaria No.001 de 2016.

Como respuesta, la ANI mediante radicado ANI No. 2019-705-045028-1 del 27 de diciembre de 2019 solicitó abstenerse de liquidar el Contrato de Fiducia Mercantil y, en consecuencia, no restituir los recursos fondeados por el Fideicomitente, toda vez que podrían utilizarse para pagar las sumas de dinero que llegara a adeudar el Concesionario Bullpesa S.A. como resultado de las consecuencias que resulten de los procedimientos administrativos que se adelanten con motivo del presunto desconocimiento de Bullpesa S.A a las obligaciones del Contrato de Concesión No. 001 de 2016.

Según lo anterior, mediante el radicado ANI No. 2020-409-007292-2 del 24 de enero de 2020, la Fiduciaria Bancolombia S.A informó que no procedería a la terminación y liquidación del Contrato

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

de Fiducia y que están atentos a las instrucciones futuras sobre cómo proceder frente a los recursos y a la liquidación del contrato fiduciario.

Así las cosas, a partir de las pruebas obrantes en la actuación, las cuales no fueron desvirtuadas por el Concesionario, para el Despacho está demostrado el incumplimiento a la obligación de fondear los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría del Contrato de Concesión.

En conclusión, el Despacho encuentra mérito para concluir la ocurrencia de todos los incumplimientos objeto de reproche en la presente actuación, pues ninguno de ellos fue desvirtuado por el Concesionario en sede de descargos.

A continuación, se pasa a analizar los argumentos de defensa expuestos en descargos por los citados, los cuales se contraen a dos, de una parte, la solicitud de suspensión del proceso, respecto de lo cual el Despacho ya señaló que no era procedente, y, de otra parte, la presentación de alternativas para dar cumplimiento a las obligaciones incumplidas, tema que se pasa a analizar.

4.4. DE LAS PROPUESTAS PRESENTADAS POR EL CONCESIONARIO A LA ANI PARA DAR CUMPLIMIENTO A LAS OBLIGACIONES QUE SE ENDILGAN INCUMPLIDAS.

Indicó el representante legal que, previo a la pandemia (COVID-19), ellos llevaban adelantadas unas conversaciones con unos inversionistas y/o asociados en Houston, TX, y se había realizado una auditoría por parte de los posibles socios por intermedio de una firma de abogados de los Estados Unidos de Norteamérica que finiquitaría el negocio, sin embargo, llegó el tema de la pandemia a nivel global, el cierre de los aeropuertos y el tema quedó congelado.

Señaló el representante legal que, en enero de 2021, consiguieron otros inversionistas con la finalidad de sacar adelante y dar apertura al Puerto objeto de la Concesión, expresó que se encuentran en negociaciones para poder operar el Puerto en uno o dos meses y así poder dar respuesta de manera concreta a la ANI.

Pese a lo anterior y una vez revisado el acervo probatorio recaudado dentro de la presente actuación administrativa, de manera particular lo expuesto por la Vicepresidencia de Gestión Contractual en calidad de supervisora del Contrato de Concesión mediante radicado ANI No. 20213030129293 de 24 de septiembre de 2021, a la fecha el Concesionario no ha presentado formalmente propuesta o solicitud de modificación a las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en los términos del artículo 17 de la Ley 1 de 1991, que materialice alguna alternativa o acto de manifestación tendientes a dar cumplimiento a cada una de las obligaciones que dieron origen al presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual.

Adicionalmente, está evidenciado en la presente actuación administrativa que la ocurrencia de los incumplimientos que se le endilgan a la Sociedad Bullpesa S.A., se configuraron antes de la pandemia, ya que el No cumplimiento al Plan de Inversión, de acuerdo con lo pactado en la cláusula 12 del Contrato de Concesión Portuaria, se presenta desde el primer año de ejecución del contrato; la No Operación del puerto debió realizarse desde el primer año de ejecución del Contrato de Concesión Portuaria, pero toda vez que no se realizaron las inversiones, y que por ende es inexistente la infraestructura necesaria para la operación del Terminal Portuario, ésta nunca se dio, en los términos descritos en la Cláusula 5 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016; No contar con el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO, es un incumplimiento de una obligación que debió cumplirse, conforme los términos pactados contractualmente y las Resoluciones del Ministerio de Transporte 850 de 2017 y 4159 de 2017, desde antes del inicio de las operaciones propias del puerto; el No pago de la Contraprestación, situación exigida en la Cláusula 13 del Contrato, se configuró cada año, toda vez que se debe realizar de manera anticipada año a año, y el No Fondeo de los recursos necesarios para la Interventoría, resulta ser un incumplimiento a una obligación que debió cumplirse desde la ejecución del Plan de Inversiones, en la medida que la principal función de la Interventoría sería la vigilancia de dichas inversiones.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

Por tanto, no es de recibo para el Despacho el argumento expuesto por el Concesionario al señalar que el incumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo, obedecen a la pandemia.

Siendo claro entonces que los Incumplimientos objeto de reproche están demostrados, y que no existe situación alguna que exonere de responsabilidad por dichos incumplimientos al concesionario, resulta claro que todos esos incumplimientos serán declarados, y, como consecuencia de la gravedad de esos incumplimientos, pasa el Despacho a determinar la procedencia de declarar asimismo la caducidad del contrato de concesión.

4.5. DE LA CADUCIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 001 DE 2016.

Teniendo en cuenta los incumplimientos enlistados, los cuales consisten en no ejecutar el plan de inversiones, no operar el puerto, no pagar la contraprestación, no contar con el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación – RCTO y no fondear los recursos necesarios para la Interventoría, resulta claro que se trata de incumplimientos graves que tienen paralizado el proyecto portuario.

Tratándose de contratos estatales, la Administración tiene como deber velar por el cumplimiento de los fines estatales, procurar la correcta y continua ejecución de los contratos, ser garante de la operación de los proyectos, gestora del interés general y propender por la correcta prestación del servicio público.

Esta afirmación guarda sustento normativo en el artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al atribuir al Estado *“la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”*, en pro de evitar la paralización o la afectación grave de la prestación de los servicios públicos a su cargo y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, habilitándola en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo en cita, de forma expresa para fijar *“cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra”*.

Para el cumplimiento de los fines estatales y, en ejercicio del poder de dirección y control del Contrato, la Administración, como medida de control exclusiva, más no primaria, adopta y hace uso lícito y reservado de diversos mecanismos o instituciones jurídicas entendidas también como facultades excepcionales, entre las que se enmarca la declaración de caducidad del contrato estatal, que resulta aplicable y le otorga ventaja a la Administración frente al incumplimiento severo, grave, reiterado y continuo de las obligaciones a cargo del contratista que afecten la directa y oportuna ejecución de obligaciones a su cargo, a un punto tal, que paralice la continua y eficiente prestación de un servicio público a cargo de la Administración o conduzca de forma inminente a su paralización.

Lo anterior se materializa en lo indicado por la jurisprudencia del Consejo de Estado¹⁵, la cual, frente a la noción de caducidad del contrato estatal, ha considerado lo siguiente:

“Ahora, por vía del artículo 14 del estatuto en mención, la ley otorga a la administración una serie de potestades o mecanismos por medio de los cuales en ejercicio de la actividad contractual puede asegurar la continua y eficiente prestación de los servicios públicos, alcanzar las finalidades y garantizar la prevalencia del interés general, adoptando las medidas adecuadas para el manejo de situaciones de incumplimiento contractual.

Dentro de los mecanismos a los que se hace alusión se consagra la caducidad del contrato como una potestad excepcional al régimen de derecho común, en desarrollo del cual se faculta a la administración para que dé por terminado el contrato estatal cuando se advierta un incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que pueda afectar la ejecución de éste o conduzca indefectiblemente a su paralización.”

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCION C CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, doce (12) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación: 25000-23-26-000-2002-01656-01 (29.203) Actor: FERNANDO SCARPETTA CARRERA Demandado: FONDO NACIONAL DE GARANTÍAS S.A. – F.N.G. S.A.-

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Frente a la oportunidad, en dicha providencia la Sala sostuvo que la declaratoria de caducidad solo resultaba procedente durante el término de ejecución del contrato y no cuando este ya se hubiera terminado:

“(…)

El motivo legal que da lugar a la caducidad, en esencia, es el incumplimiento por parte del contratista de sus obligaciones que incide seriamente en la “ejecución del contrato”, de manera que, razonablemente, se infiera que no se podrá continuar con el objeto contractual y, por tanto, que no se obtendrá el fin requerido con el negocio jurídico estatal. Sus efectos, como se recuerda, consisten en la terminación del vínculo contractual, sin indemnización alguna a favor del contratista; la liquidación del contrato; la configuración del siniestro del incumplimiento y, por ende, la exigibilidad de las garantías; la efectividad de la cláusula penal pecuniaria; la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, y en general la pérdida de los derechos que emanaban para aquél del contrato. Y, para el ejercicio de esta facultad la Administración debe analizar la gravedad del incumplimiento y el peligro que representa para la ejecución del contrato, de modo que puede abstenerse de decretarla y, en cambio, adoptar las medidas de control e intervención necesarias para superar la situación.

(…)

En este contexto, al examinar nuevamente los límites temporales de este poder exorbitante, la Sala concluye que la caducidad del contrato sólo puede declararse durante el plazo de ejecución y mientras se encuentre éste vigente, y no durante la etapa de la liquidación, teniendo en cuenta: en primer lugar, los elementos de su definición legal; en segundo lugar, la finalidad de protección del interés público de esta medida excepcional; en tercer lugar, que la etapa de liquidación del contrato no está concebida para la adopción de la caducidad del contrato; y en cuarto lugar, que el hecho de que se pueda recibir o aceptar en mora el cumplimiento de la obligación, no puede ser entendida como una extensión regular del plazo previsto en el contrato para ejecutarlo(...)

(...) si la declaratoria de caducidad resulta viable únicamente cuando se determina por parte de la Administración que el incumplimiento del contratista es de tal magnitud y gravedad que conducirá indefectiblemente a la paralización del contrato, o sea, que irremediablemente no se cumplirá en el tiempo esperado y requerido con el objeto contractual, ello presupone que el plazo de ejecución pactado en el mismo no se encuentre vencido, pues la lógica y dinámica jurídica de esos supuestos indica que no es posible que se afecte “la ejecución del contrato” y se presente su “paralización” cuando ya ha expirado o finalizado ese plazo para el cumplimiento regular y oportuno de las prestaciones que emanan de él. La caducidad supone, entonces, un contrato ejecutivo, en curso y de ningún modo un contrato ejecutado, cumplido o finalizado el plazo o el término fijado por las partes para llevarlo a cabo en oportunidad debida” ¹⁶ (Negrita fuera del texto)

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la normatividad sobre caducidad contractual aplicable al presente contrato, resulta claro que existe una norma especial, que es la Ley 1 de 1991, la cual establece las causales por las cuales puede declararse la caducidad del contrato de concesión portuario; sin embargo, es igualmente claro que la Ley 1 de 1991 no regula aspectos como las consecuencias que trae consigo la caducidad del contrato, por lo que en todo lo no regulado por la norma especial, se deberá dar aplicación a la norma general, que para el caso resulta ser la Ley 80 de 1993.

En efecto, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, respecto de la caducidad de la concesión portuaria se señala que: “La Superintendencia General de Puertos podrá declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de reposición”, por tanto se tendrá como base lo indicado en el mencionado artículo 18, en lo que tiene que ver con las causales para declarar la caducidad en cualquier momento durante el plazo de ejecución contractual estipulado por las partes.

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 20 de noviembre de 2008, Exp. 50422-23-31-000-1369-01 (17.031), reiterado en Sentencia del 10 de marzo de 2011, Exp 16.856, entre otras.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Por otra parte, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 señala sobre la caducidad y sus efectos, lo siguiente:

“(…) La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien, a su vez, se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar (…).”

En consonancia con lo anterior, desde el clausulado contractual encontramos la Cláusula 31, que señala que “**El CONCEDENTE** podrá declarar la caducidad de la concesión portuaria, previo proceso sancionatorio, donde se respete el debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 86 de la Ley 1474 DE 2011 o la norma que las modifique o adicione, cuando: En forma reiterada se incumpla las condiciones en las cuales se otorgó o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el **CONCESIONARIO** está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, y; 1. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 (…)

Conforme lo expuesto en el presente acto administrativo, para la Agencia resulta claro que a partir de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, el artículo 18 de Régimen de la Contratación Estatal y la Cláusula 31 del Contrato de Concesión Portuaria, corresponde, en uso de las potestades atribuidas por la ley y por el contrato, proceder con la declaratoria de la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, toda vez que las obligaciones incumplidas por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., afectan directamente la ejecución del contrato de manera tal que tiene paralizado el proyecto portuario.

No puede desconocerse que los graves incumplimientos acreditados en el curso del procedimiento e imputables a Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., han trascendido e impactan el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, impidiendo en consecuencia el cumplimiento de su objeto, ya que el objeto del contrato es la realización de un proyecto portuario a partir de unas inversiones para la operación del puerto, a cambio del pago de una contraprestación a la Nación y al Distrito de Cartagena, y en este caso, como se ha demostrado, el Concesionario no ha realizado las inversiones, no opera el puerto y tampoco pagó la contraprestación, lo que se traduce en que no se ha ejecutado el proyecto portuario, afectando gravemente el interés público subyacente a todos los contratos de concesión, el cual es satisfacer una necesidad, que se encuentra desatendida, pues ni se ejecutaron las obras que se debieron ejecutar para prestar el servicio portuario (Incumplimiento al plan de inversiones), ni se prestó servicio portuario alguno (No se operó el puerto), ni se pagó a la Nación y al Distrito de Cartagena la contraprestación por el uso de los bienes concesionados (Incumplimiento al pago de la Contraprestación).

Adicionalmente y por si lo dicho fuera poco, el Concesionario nunca presentó el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación – RCTO, documento con el que de manera previa a la operación del puerto, debe contar todo operador portuario, y tampoco cumplió con la obligación de fondear los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría del Contrato de Concesión.

En atención a lo expuesto, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 así como en la cláusula 31 del Contrato de Concesión, la consecuencia de todos los incumplimientos presentados dará lugar a la declaratoria de caducidad, poder establecido en favor de la Administración Pública, que procede en caso de incumplimiento de las obligaciones del contratista que perjudique gravemente el interés público, que afecte de manera directa la ejecución del contrato y que evidencie que puede conducir a su paralización, situación demostrada a lo largo de la presente actuación sancionatoria, en la que ninguna de las pruebas enrostradas por la Agencia al Concesionario, ha sido desvirtuada.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

Así pues, la Agencia, a través de esta Coordinación, y de conformidad con lo expuesto, procederá a declarar la caducidad del Contrato de Concesión No. 001 de 2016, y junto con dicha declaración ordenar, tal como lo dispone la ley, i) dar por terminado el vínculo negocial sin indemnización para el contratista; ii) ordenar su liquidación en el estado en el que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993; iii) ordenar el pago de los perjuicios ocasionados; iv) hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro; y v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1º del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

4.5.1. DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO COMO GARANTÍA DEL INTERÉS GENERAL.

El interés general es el real fundamento y verdadera explicación del derecho administrativo; este principio se encuentra previsto en el artículo primero de la Constitución, cuando al redefinir nuestro régimen político como Estado Social de Derecho, establece que éste se funda en la prevalencia del interés general, de modo que se trata de uno de sus principios o valores superiores, principio luego reiterado bajo la modalidad de bien común contenida en el artículo 209 del mismo estatuto constitucional, donde señala que la función administrativa está al servicio de los intereses generales.

El fin de la contratación pública está directamente asociado al cumplimiento del interés general, puesto que el contrato público es uno de aquellos instrumentos jurídicos de los que se vale el Estado para cumplir sus finalidades, hacer efectivos los deberes públicos y prestar los servicios a su cargo, con la colaboración de los particulares a quienes corresponde ejecutar en los tiempos establecidos y a nombre de la administración, las tareas acordadas. De ahí que la defensa del principio del interés general no solo constituye la finalidad primordial sino el cimiento y la estructura de la contratación administrativa, y en esa medida todas las actividades que se desarrollan en torno a la contratación pública son preponderantemente regladas, quedando muy poco espacio para la discrecionalidad.

El interés general presenta especial relevancia para el cumplimiento de los fines estatales, y es a través del cumplimiento del contrato que se protege dicho principio constitucional, el cual está acompañado de la garantía de los principios administrativos de la continuidad y eficiencia de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993.

En materia portuaria, la Ley 1 de 1991 por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos, en su artículo 1º considera de interés público la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, independientemente si éste se presta a través de puertos de servicio público o privado.

Tal es el carácter público de la prestación del servicio portuario que la misma Ley 1 de 1991 establece como facultad de la otrora Superintendencia General de Puertos la de asumir directamente, o por medio de personas especialmente designadas o contratadas para ello, y en forma temporal, la prestación de los servicios propios de una sociedad portuaria, y que la prestación continua de tales servicios sea necesaria para preservar el orden público o el orden económico, o para preservar el normal desarrollo del comercio exterior colombiano, o para evitar perjuicios indebidos a terceros.

Con la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, la administración pública pretendía el cumplimiento de los fines estatales, entre ellos, generar una eficiente prestación del servicio público en garantía del interés general, con el objeto de autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de unos bienes de uso público para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal portuario de uso público, para el cargue y descargue de líquidos a granel (hidrocarburos) por un plazo de 18 años, a cambio de una contraprestación pactada en el mismo Contrato de Concesión.

No obstante, ante el presunto y reiterado incumplimiento de las obligaciones consagradas en dicho Contrato de Concesión, se ha visto paralizada la prestación del servicio, generando en consecuencia una subutilización de un recurso físico tan escaso para la Nación que tenía la virtualidad de ser explotado económicamente a cambio de un beneficio monetario que recibiría el

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

Estado, generando en consecuencia, una afectación del interés general como principio rector de la contratación administrativa.

Teniendo en cuenta el objeto pactado en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en consonancia con el propósito por el que esta Entidad debe velar, es claro que ello se traduce en la eficiente prestación del servicio público portuario a través del desarrollo de una actividad portuaria, que en la actualidad no adelanta la Sociedad Portuaria BULLPESA S.A., generando resultados contrarios a la satisfacción del interés general que se buscaba proteger con la suscripción del contrato de concesión.

Ahora bien, como se evidenció dentro del trámite sancionatorio soportado por el acervo probatorio dentro del mismo, existen reiterados requerimientos efectuados por la ANI al Concesionario para que diera cumplimiento a cada una de las obligaciones exigibles en el desarrollo de la ejecución del Contrato de Concesión, y que dan cuenta de la renuencia de la Sociedad Bullpesa S.A. para atenderlos, llegando al punto de la paralización en la prestación del servicio público al que estaba destinado el Terminal Portuario concesionado a BULLPESA S.A., ocasionando que se perjudique gravemente el interés público como principio orientador de la Ley 1 de 1991 y en el cual se cimienta el Contrato de Concesión Portuaria.

Como se ha indicado en líneas anteriores, si un concesionario tiene una zona de uso público sin usar, está afectando el interés público asociado a la necesidad de que éste se explote para ampliar el comercio internacional o la carga de mercancías. Además, si se abstiene de realizar las inversiones, está afectando el interés público asociado a que el Estado debía recibir al término de la concesión una infraestructura en condiciones de funcionamiento, de tal manera que se pudiera dar continuidad a la operación portuaria. De igual forma, si se margina del deber de pagar la contraprestación se afecta el interés público asociado al derecho económico que derivaba a favor de la Nación y el Distrito por la entrega para uso temporal y exclusivo de una zona de uso público. En adición a lo anteriormente expuesto, la pretendida declaratoria de caducidad objeto del presente documento, se fundamenta en el sistemático y reiterado incumplimiento de las obligaciones a cargo de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., entre las que se encuentran, además del incumplimiento del plan de inversiones, las asociadas a la no operación del Terminal Portuario, a la no presentación del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación, a la falta de pago de la contraprestación portuaria, al no fondeo de los recursos en el patrimonio autónomo constituido para la contratación de la Interventoría y a no mantener vigente la garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual que ampara el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

Así las cosas, como quiera que existen claras y precisas evidencias documentales que dan cuenta de los reiterados incumplimientos por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., el mecanismo sancionatorio tendiente a la declaratoria de caducidad y la consecuente cuantificación de los perjuicios que se hayan ocasionado por dichos incumplimientos, resultan ser los mecanismos idóneos para resarcir los daños ocasionados a la Nación, porque han generado consecuencias graves para los fines estatales, en particular para la continua y eficiente prestación del servicio público.

4.6. CONSECUENCIAS DE LA DECLARATORIA DE INCUMPLIMIENTO Y DE LA DECLARATORIA DE LA CADUCIDAD

4.6.1.DE LA CLÁUSULA PENAL

A partir de los incumplimientos acreditados en la presente actuación administrativa sancionatoria imputables al Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y de conformidad con las consecuencias previstas en la citación remitida mediante oficio con radicado ANI No. 20217070219011 de 21 de julio de 2021, ante la declaratoria de Caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en principio procedería hacer efectiva la Cláusula Penal Pecuniaria pactada en el Contrato.

Sin embargo, como se verá, la tasación de la cláusula penal es muy inferior a los perjuicios que se lograron acreditar en la presente actuación, por lo cual la Agencia optará por la imposición de los perjuicios derivados de los Incumplimientos que dan lugar a la caducidad del contrato, y no hará efectiva la cláusula penal.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

En efecto, conviene recordar que la tasación de la cláusula penal fue realizada por la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, mediante memorando con radicado ANI No. 20213080021013 del 26 de enero de 2021, actualizada con memorandos radicado ANI No. 20213080089403 de 22 de junio de 2021 y 20223080044933 de 15 de marzo de 2022, así:

“(…) se tiene que el valor de la cláusula penal pecuniaria que aplicaría para todo el mes de marzo de 2022, asciende a la suma de **USD 107.287**, que se obtiene de la siguiente cuantificación:

Tabla 1: Cálculo Sanción Penal Pecuniaria a marzo 31 de 2022

Valor Total Contraprestación (1)	USD 894.418
CPI Dic/15 (2)	236,525
CPI Febrero/2022 (3)	283,716
Factor (4)=(3)/(2)	1,199518021
Valor Total Contraprestación actualizada a Febr. 28 de 2022 (5)=(1)*(4)	USD 1.072.871
% Sanción Penal Pecuniaria (6)	10%
Total Sanción Penal Pecuniaria (7)=(5)*(6)	USD 107.287

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC

Como se puede apreciar, la cláusula penal ascendería a la suma de CIENTO SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, con fecha de corte 31 de marzo de 2022. No obstante, los perjuicios, como se verá a continuación, exceden por mucho esa cantidad, por lo que la Agencia no hará efectiva la cláusula penal, y en su lugar, acudirá a la imposición de los perjuicios.

4.6.2 DE LOS PERJUICIOS QUE SE CAUSAN Y SU CUANTIFICACIÓN.

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Respecto de los perjuicios, es evidente que los mismos fueron acreditados por la Supervisión del Contrato de Concesión, a partir de lo expuesto en la solicitud de inicio de la actuación, todo lo cual fue incluido en el oficio de citación radicado ANI No. 20217070219011 de 21 de julio de 2021 con los respectivos anexos, y en virtud de que el concesionario de modo alguno cuestionó o desvirtuó dichos perjuicios, para el Despacho los mismos se encuentran debidamente demostrados en la presente actuación administrativa sancionatoria.

A continuación, se señala en qué consisten esos perjuicios:

- 1. **Plan de inversiones:** Cálculo de lo dejado de construir (hasta el momento de la declaratoria de caducidad), para ello se realizaría la evaluación técnica y financiera de lo ejecutado, a la fecha, a fin de determinar según criterio de funcionalidad, su imputación y valor.
- 2. **No operación:** Estimación del valor del componente variable de la contraprestación que se dejó de percibir por no operación, proyectando capital + intereses (hasta el momento de la declaratoria de caducidad).
- 3. **Contraprestación:** Estimación del valor adeudado por capital + intereses (hasta el momento de la declaratoria de caducidad).
- 4. **Fondeo para interventoría:** Cálculo de lo dejado de pagar como contraprestación al haberse incluido en el modelo financiero el costo de la interventoría que finalmente no fue ejecutado para tal finalidad (hasta el momento de la declaratoria de caducidad).

Teniendo en cuenta lo anterior y a partir del cálculo efectuado por la supervisión, los siguientes son los perjuicios que se causan en desarrollo del contrato de concesión No. 001 de 2016 por el incumplimiento de las siguientes obligaciones: (i) No cumplimiento del Plan de Inversión, (ii) No Operación del puerto, (iii) No pago de la Contraprestación y (iv) No Fondeo Subcuenta Interventoría¹⁷.

4.6.2.1. Perjuicio por la no ejecución del Plan de Inversiones.

¹⁷ No se generan perjuicios directos por no presentar el RCTO.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

En la siguiente tabla 4. se muestra el plan de inversiones que debía ser ejecutado por el concesionario en el primer año de concesión y cuyo valor presente neto contractual (VPN) correspondía a **USD 10.968.869** así:

TABLA 3. PLAN DE INVERSIONES – CONTRACTUAL		
Detalle/Año		1
Fecha Inicial		13/06/2017
Fecha Final		12/06/2018
Tuberías marinas y maquinaria		VALOR EN USD
1.2.1	Equipos	USD 1.358.959
1.2.2	Tuberías	USD 968.417
1.2.3	Pipe rack	USD 1.522.028
1.2.4	Cimentación	USD 127.005
1.2.5	Contingencia	USD 198.820
1.2.6	Subt tuberías y maquinaria	USD 4.175.229
Muelle		
1.3.1	Preliminares	USD 15.000
1.3.2	Piña tipo 1 (PAT-1, PAT-2, PAT-3, PAT-4)	USD 2.595.671
1.3.3	Piña tipo 2 (PAT-5)	USD 754.795
1.3.4	Piña tipo 3 (PAM-1 Y PAM-2)	USD 646.751
1.3.5	Piña tipo 4 (PAM-3 Y PAM-4)	USD 748.861
1.3.6	Piña tipo 5 (PAM-5 Y PAM-6)	USD 383.108
1.3.7	Plataforma de operaciones	USD 530.284
1.3.8	Caseta de Operaciones	USD 13.755
1.3.9	Paralelas metálicas	USD 27.000
1.3.10	Costo directo	USD 5.715.225
1.3.11	AIU	USD 1.428.806
1.3.12	IVA	USD 228.609
1.3.13	Contingencia	USD 737.264
1.3.14	Subtotal muelle	USD 8.109.904
1.4	TOTAL INVERSIONES (Constantes Dic/15)	USD 12.285.133
VPN CONTRACTUAL (Constantes de Dic/15)		USD 10.968.869
Tasa descuento		12,00%

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC Ver Anexo de Excel “PERJUICIOS BULLPESA DEF”

El perjuicio asociado a la falta de ejecución del Plan de Inversiones parte de la base de que en el primer año del Contrato (comprendido entre el 13 de junio de 2017 y el 12 de junio de 2018), el Concesionario debió haber ejecutado integralmente el Plan de Inversiones cuyo VPN asciende a USD 10.968.869. De esta forma, si el Concesionario hubiera actuado conforme a lo pactado en el Contrato, al momento de expiración del plazo previsto e incluso al momento de terminación anticipada por Declaratoria de Caducidad, la entidad debería recibir la zona de uso pública otorgada en concesión con todos los activos invertidos, en virtud de la reversión que sobre ellos hubiera operado.

En esta medida, al no haberse ejecutado el Plan de Inversiones, la Agencia Nacional de Infraestructura en calidad de Entidad Concedente recibe la zona de uso público sin los bienes reversibles, lo cual, evidentemente constituye un menoscabo al patrimonio de la Nación que debe ser indemnizado a título de perjuicios.

Ahora bien, comoquiera que de acuerdo con la lógica financiera subyacente al Contrato de Concesión, la inversión que debió haberse ejecutado iba a ser amortizada durante la vigencia del Contrato, su terminación de forma anticipada implica que tal amortización no se lograría de forma integral, por lo que no se hubieran dado los supuestos para el retorno de la inversión y la consecuente reversión a título gratuito de la infraestructura portuaria, de manera que solo es posible tasar a título de perjuicios el monto de la inversión que hubiera sido amortizada hasta la fecha en que tiene ocurrencia la terminación anticipada del Contrato.

Para efectos de determinar el perjuicio se proyecta la amortización del plan de inversiones a los 18 años de vigencia del contrato, con la tasa de descuento del 12%, y se toma el Valor Presente Neto (VNA) amortizado a 31 de marzo de 2022. Dicho valor se actualiza a la fecha durante los periodos transcurridos a 31 de marzo de 2022 con la misma tasa de descuento y el resultado final

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

se indexa con CPI de Estados Unidos del mes de febrero de 2022, con el fin de estimar el monto actualizado de lo que a la fecha de corte mencionada se habría amortizado:

Tabla 4: Amortización plan de inversiones a 31 de marzo de 2022

					Días a fecha liquidacion	292,00
					Días año	365,00
Amortización Plan de Inversiones						
Detalle/Año		1	2	3	4,00	4,80
Fecha Inicial		13/06/2017	13/06/2018	13/06/2019	13/06/2020	13/06/2021
Fecha Final	13/06/2017	12/06/2018	12/06/2019	12/06/2020	12/06/2021	31/03/2022
Amortización Esperada	USD 0	USD 1.513.016	USD 1.513.016	USD 1.513.016	USD 1.513.016	\$ 1.513.016,30
Amortización a la fecha	USD 0	USD 1.513.016	USD 1.513.016	USD 1.513.016	USD 1.513.016	USD 1.210.413
VPN TOTAL	USD 10.968.869					
VPN AMORTIZADO	USD 4.596.353					
Equivalencia en VPN a hoy con tasa de descuento	USD 0	USD 0	USD 0	USD 0	USD 0	USD 7.918.810

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC

Tabla 5: Estimación Actualización Amortización Inversiones

Valor Total Amortizado a fecha liquidacion (1)	USD 7.918.809,53
CPI Dic/15 (2)	236,525
CPI Febr/2022 (3)	283,716
Factor (4)=(3)/(2)	1,199518021
Actualización Valor total Amortizado a Fecha liquidacion (5)=(1)*(4)	USD 9.498.754,73

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC Ver Anexo de Excel hoja “NO EJECUCION PI”

De acuerdo con los resultados anteriores, se tiene que a fecha de corte 31 de marzo de 2022, el valor amortizado actualizado de las inversiones que debería haber ejecutado el concesionario, y que constituyen el perjuicio por el incumplimiento de dicha obligación, ascienden a la suma de **NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO DOLARES CON CINCUENTA Y TRES CENTAVOS USD 9.498.754,53** (dólares corrientes).

4.6.2.2. Perjuicio por la no operación del Terminal Portuario.

Mediante correo institucional de 21 de abril del 2020, la Gerencia Asesoría de Gestión Contractual 1 de la Vicepresidencia Jurídica, manifestó:

“2. Procedimiento Sancionatorio por la no Operación del Puerto: (...)

Al respecto, se analizó que la tasación de perjuicios en aquellos contratos de concesión cuyo modelo financiero del negocio esté calculado bajo la metodología de contraprestación CONPES 3744 podría ser viable en la medida que contempla un componente variable que se ve afectado cuando por causas imputables al Concesionario no se opera el Puerto, generando como consecuencia que la Nación no reciba la contraprestación que se estimó desde el inicio de su ejecución.”

En efecto, la lógica financiera subyacente al Contrato de Concesión Portuaria implica que, a partir de unas estimaciones de carga, se pueda determinar el flujo proyectado de ingresos de la concesión y con fundamento en tales estimaciones establecer, con base en una tasa de descuento, el plazo en el que deberá otorgarse en concesión la zona de uso público para amortizar la inversión pactada.

Sobre el particular, si bien se trata de estimaciones de carga, no debe perderse de vista que es en función de ellas que se define el plazo y que se determina el VPN contractual y, adicionalmente, que cualquier variación de las mismas hace parte del riesgo comercial del Concesionario por lo que, ante la falta de ejecución del proyecto pero dado el otorgamiento efectivo de la concesión, se concreta un perjuicio para la entidad por la no obtención de los ingresos asociados al componente

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

variable de la contraprestación que, a su vez, se define en función de la carga efectivamente movilizada.

Así, no por tratarse de una carga estimada, puede considerarse que se trata de un perjuicio eventual, sino que tiene el carácter de cierto en la medida en que su efectiva ocurrencia garantizaba la conmutatividad de las prestaciones.

Así las cosas, y de acuerdo con los valores de la carga proyectada que fueron la base en el modelo financiero para la estimación del valor de la contraprestación pactada, se determina que el valor del perjuicio causado por la Sociedad portuaria por la no operación del puerto de acuerdo con la carga, por concepto de contraprestación variable asciende a la suma de **CUATROCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES DÓLARES CON VEINTE CENTAVOS USD 409.463,20**, valor que incluye la parte proporcional de la contraprestación anticipada de la vigencia 2022.

En cuanto al valor de los intereses moratorios, no se liquidan teniendo en cuenta que dicho perjuicio se calculó a partir de la estimación del valor del componente variable de la contraprestación que se dejó de percibir por no operación, a partir de la carga que se proyectaba que el puerto iba a movilizar, pero toda vez que el puerto no movilizó carga (ya que no operó), la obligación de pagar la contraprestación por el componente variable, tan solo surgiría a partir del momento en que se imponga el perjuicio mediante el respectivo acto administrativo sancionatorio, y por ende, sería solo desde la firmeza de ese acto, que se generarían los intereses moratorios.

El valor de la contraprestación por **CUATROCIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES DÓLARES CON VEINTE CENTAVOS USD 409.463,20**, se obtiene de calcular el valor de la contraprestación con la carga proyectada a la fecha de liquidación y restarle el valor del cálculo de la contraprestación sin carga a la misma fecha de liquidación, es decir se toma el total del “Resumen Carga” USD 504.097,38 y se le resta el total del “Resumen” USD 94.634,18.

4.6.2.3. Perjuicio por no pago de la Contraprestación.

El perjuicio generado por el no pago del valor de la contraprestación liquidada anualmente, a favor del INVIAS y del municipio de Cartagena, corresponde al valor de la contraprestación dejada de pagar y al valor de los intereses moratorios referidos en la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo octavo del contrato que establece:

***“INTERESES DE MORA:** En caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos se liquidarán a la tasa máxima legal permitida sobre el valor en pesos de la obligación en mora, hasta el día de pago, liquidados a la tasa representativa del mercado -TRM- que se encuentre vigente en la fecha que la sociedad realice el pago.”*

Es preciso indicar que, la Contraprestación se encuentra estructurada por (i) un Componente Variable en función de la carga movilizada -situación que fue analizada en el acápite anterior- y (ii) un Componente Fijo en función de la zona de uso público otorgada en concesión. Ahora bien, como se advirtió en líneas anteriores, la Contraprestación se liquida anualmente, esto implica que se paga con una periodicidad anual, y que de esta forma en cada anualidad vencida se torna exigible la obligación y por tanto su impago genera mora en cabeza del concesionario.

Los perjuicios derivados por el no pago de contraprestación corresponden al saldo final registrado en la tabla 2, **“Valor de la contraprestación a marzo 31 de 2022”**, columna **“TOTAL A Feb. 2022”**, cuyo valor a fecha de corte 31 de marzo de 2022, asciende a la suma de **NOVENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO DÓLARES CON DIECIOCHO CENTAVOS USD 94.634,18**, valor que incluye de manera proporcional la contraprestación anticipada de la vigencia de 2022 (en este caso solamente de 01 de enero a 31 marzo de 2022) . Así, si bien es obligación bajo la metodología CONPES 3744 de 2013 antes de finalizar febrero de cada año liquidar la contraprestación anticipada de todo el año en curso, en este caso, para efectos de la declaratoria de caducidad, se proporciona el valor del año 2022 sólo del 01 de enero hasta el 31 de marzo del año 2022, así:

Tabla 2: Valor de la contraprestación a marzo 31 de 2022

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Detalle	2017(*)		2018		2019		2020		2021		2022	TOTAL A feb 2022 (**)
	Anticipado	Vencido	Anticipado	Vencido	Anticipado	Vencido	Anticipado	Vencido	Anticipado	Vencido	Anticipado	
Nación Áreas (1)	USD 5.856,08	USD 6.306,56	USD 11.395,51	USD 11.736,78	USD 11.736,79	USD 10.973,41	USD 10.973,41	USD 9.915,82	USD 9.915,82	USD 10.316,85	USD 2.543,88	USD 51.793,30
Municipio Áreas (2)	USD 1.464,02	USD 1.576,64	USD 2.848,88	USD 2.934,20	USD 2.934,20	USD 2.743,35	USD 2.743,35	USD 2.478,96	USD 2.478,96	USD 2.579,21	USD 635,97	USD 12.948,32
Componente Áreas (3) = (1) +(2)	USD 7.320,10	USD 7.883,19	USD 14.244,38	USD 14.670,98	USD 14.670,98	USD 13.716,76	USD 13.716,76	USD 12.394,78	USD 12.394,78	USD 12.896,06	USD 3.179,85	USD 64.741,62
Nación Infraestructura (4)	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00
Componente Infraestructura (5) =(4)	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00	USD 0,00
Componente Fijo (6) =(3) +(5)	USD 7.320,10	USD 7.883,19	USD 14.244,38	USD 14.670,98	USD 14.670,98	USD 13.716,76	USD 13.716,76	USD 12.394,78	USD 12.394,78	USD 12.896,06	USD 3.179,85	USD 64.741,62
Nación Variable (7)	USD 0,00	USD 0,00	USD 71.978,45	USD 0,00	USD 76.633,24	USD 0,00	USD 81.891,64	USD 0,00	USD 86.723,58	USD 0,00	USD 23.914,05	USD 23.914,05
Municipio Variable (8)	USD 0,00	USD 0,00	USD 17.994,61	USD 0,00	USD 19.158,31	USD 0,00	USD 20.472,91	USD 0,00	USD 21.680,89	USD 0,00	USD 5.978,51	USD 5.978,51
Componente Variable (9) =(7) +(8)	USD 0,00	USD 0,00	USD 89.973,06	USD 0,00	USD 95.791,55	USD 0,00	USD 102.364,55	USD 0,00	USD 108.404,47	USD 0,00	USD 29.892,56	USD 29.892,56
TOTAL Contraprestación (10) =(6)+(9)	USD 7.320,10	USD 7.883,19	USD 104.217,44	USD 14.670,98	USD 110.462,53	USD 13.716,76	USD 116.081,31	USD 12.394,78	USD 120.799,24	USD 12.896,06	USD 33.072,41	USD 94.634,18
Total Nación (11) = (1)+(4)+(7)	USD 5.856,08	USD 6.306,56	USD 83.373,95	USD 11.736,78	USD 88.370,03	USD 10.973,41	USD 92.865,05	USD 9.915,82	USD 9.915,82	USD 10.316,85	USD 26.457,93	USD 75.707,34
Total Municipio (12)=(2)+(8)	USD 1.464,02	USD 1.576,64	USD 20.843,49	USD 2.934,20	USD 22.092,51	USD 2.743,35	USD 23.216,26	USD 2.478,96	USD 24.159,85	USD 2.579,21	USD 6.614,48	USD 18.926,84
TOTAL Contraprestación (13) =(11)+(12)	USD 7.320,10	USD 7.883,19	USD 104.217,44	USD 14.670,98	USD 110.462,53	USD 13.716,76	USD 116.081,31	USD 12.394,78	USD 120.799,24	USD 12.896,06	USD 33.072,41	USD 94.634,18

(*) Fecha inicio aplicación Compes 3744 de 2013: 13/06/2017

(**) Es la sumatoria únicamente de los valores vencidos de contraprestación 2017 a 2021 y anticipado del año 2022 a la fecha de liquidación

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC Ver Anexo Excel hoja “RESUMEN”

Los intereses moratorios a 31 de marzo ascienden a la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS \$466.923.702,71**, correspondientes a la sumatoria de “Intereses Invias” (\$373.538.962,17) e “Intereses Municipio” (\$93.384.740,54).

4.6.2.4. Perjuicio por el no fondeo contractual de la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría.

En el modelo financiero el valor de **SETECIENTOS VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS VEINTICUATRO PESOS COLOMBIANOS (COP 724.879.824)**, se incluyó como costos de interventoría correspondientes al año de ejecución del plan de inversiones programado, a la TRM del 31 de diciembre de 2015 por valor de 3.149,47.

Es preciso indicar que el 7 de junio de 2017 se constituye el patrimonio autónomo, fecha en la que el Concesionario debía realizar el fondeo para el año 2017, mediante oficio con radicado ANI No. 2018-409-001020-2 del 6 de enero de 2018, el Concesionario informa que realiza el respectivo fondeo, sin embargo, el fondeo de la porción del año 2017 se realiza el 4 de enero de 2018, lo que genera intereses moratorios. Así que del total consignado por valor de **\$754.744.873**, se descuentan **\$70.435.221** por concepto de intereses moratorios causados desde el 7 de junio de 2017 hasta el 4 de enero de 2018, y el saldo restante, o sea la suma de **\$684.309.652** corresponden al fondeo parcial de capital del año 2017 y 2018.

En todo caso, para el Despacho, no resulta relevante que el fondeo haya sido parcial o total, toda vez que esos recursos serán devueltos en la etapa de liquidación del negocio jurídico. Lo que resulta relevante en la presente actuación, a efecto de tasar el perjuicio por este incumplimiento del concesionario, es destacar que el perjuicio está asociado a que por no contratarse interventoría por la no ejecución del Plan de Inversiones por parte de la Sociedad Portuaria, ese ahorro del Concesionario deriva en un perjuicio para la entidad, por cuanto en el modelo financiero se había incluido el costo de la Interventoría para calcular el valor de la contraprestación, y es evidente que ese valor habría sido mayor, de no haberse considerado el costo de la Interventoría.

Lo anterior se fundamenta en lo dispuesto en el numeral 13.2 de la cláusula 13 “VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN” del Contrato de Concesión, por el cual el costo de las Interventorías de Obra y reversión se incorporó en los costos del proyecto de concesión portuaria a través del modelo financiero. Como quiera que dicho modelo financiero define un plazo de concesión a través de la incorporación de todos los costos típicos del proyecto, para que en conjunto con las inversiones sea amortizado en el plazo del contrato, se encuentra que dicho costo, al no haber sido asumido por el concesionario, implicó un perjuicio para el Estado, toda vez que en los años de ejecución del contrato se ha reconocido esta amortización sin que el concesionario lo hubiese ejecutado. Significa lo anterior que, de no haberse incluido ese costo en el modelo financiero, la consecuencia hubiera sido un menor plazo del contrato de concesión para recuperar las inversiones o una mayor contraprestación. En consecuencia, lo que se calcula como perjuicio es el valor equivalente que hasta la fecha se entiende ha sido amortizado de este costo durante lo que ha corrido del plazo en el contrato de concesión, lo que se refleja de la siguiente manera:

Tabla 6: Recursos de Interventoría en dólares (constantes de dic./15)

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

Detalle/Año	
Fecha Inicial	13/06/2017
Fecha Final	12/06/2018
Concepto	
Fondeo Recursos para Interventria (COP)	\$ 724.879.824
TRM (31/12/15)	3.149,47
Fondeo Recursos para Interventoria (USD)	USD 230.159
TOTAL (Constant Dic/15)	USD 230.159
VPN CONTRACTUAL (Constantes de Dic/15)	USD 205.499
Tasa descuento	12,00%

Fuente: Cláusula 13 Valor del Contrato y de la contraprestación, Contrato 001 de 2016

Para determinar el perjuicio por la no ejecución de los recursos destinados para interventoría, se determina el valor equivalente de VPN contractual, se proyecta su amortización a los 18 años de vigencia del contrato, con la tasa de descuento del 12%, y se toma el Valor Presente Neto (VNA) amortizado al 31 de marzo de 2022. Ese valor amortizado en dólares constantes de diciembre de 2015 se actualiza a la fecha durante los periodos transcurridos con la misma tasa de descuento y el resultado final se indexa con CPI de Estados Unidos del mes de febrero de 2022 con el fin de estimar el monto actualizado de lo que a la fecha de corte mencionada se habría amortizado y sería el presunto perjuicio:

Tabla 7: Amortización Recursos destinados para interventoría a marzo 31 de 2022

				Días a Fecha Liquidacion	292,00
				Días año	365,00
Amortización Recursos de Interventoria					
Detalle/Año	1	2	3	4	4,80
Fecha Inicial	13/06/2017	13/06/2018	13/06/2019	13/06/2020	13/06/2021
Fecha Final	13/06/2017	12/06/2018	12/06/2019	12/06/2020	12/06/2021
					31/03/2022
Amortización Esperad	USD 0	USD 28.346	USD 28.346	USD 28.346	USD 28.346
Amortización a la fech	USD 0	USD 28.346	USD 28.346	USD 28.346	USD 28.346
VPN TOTAL	USD 205.499				
VPN AMORTIZADO	USD 86.112				
Equivalencia en VPN a fecha de liquidacion	USD 0	USD 0	USD 0	USD 0	USD 0
					USD 148.357

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC

Tabla 8: Estimación Actualización Amortización Recursos de Interventoría no ejecutados

Valor Total Amortizado	USD 148.357,18
CPI Dic/15 (2)	236,525
CPI Febr/2022 (3)	283,716
Factor (4)=(3)/(2)	1,199518021
Actualización Valor total Amortizado a Fecha Liquidacion (5)=(1)*(4)	USD 177.957,11

Fuente: Anexo archivo de Excel hoja “REC INTERV NO EJECUTADOS”

De acuerdo con el resultado anterior, se tiene que a fecha de corte 31 de marzo de 2022, el valor amortizado actualizado del valor de los recursos destinados para la contratación de la interventoría y que por ende configuran el monto de los perjuicios por el incumplimiento endilgado corresponde a la suma de **CIENTO SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE DOLARES CON ONCE CENTAVOS USD 177.957,11** (dólares corrientes).

4.6.2.5. SUMATORIA DE LOS PERJUICIOS CAUSADOS POR LOS INCUMPLIMIENTOS DEL CONCESIONARIO

Tras lo expuesto se tiene que el total de los perjuicios causados por los Incumplimientos del Concesionario relacionados con el no pago de la contraprestación, la no operación del puerto, la no ejecución del Plan de Inversiones y el no fondear la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, ascendería a la suma de **DIEZ MILLONES CIENTO OCHENTA MIL OCHOCIENTOS NUEVE DÓLARES CON VEINTIDÓS CENTAVOS USD 10.180.809,22**; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (COP \$ 466.923.702,71)**.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

4.6.3. OTRAS CONSECUENCIAS

Adicionalmente, también como consecuencia prevista desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de conformidad con lo reglado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Entidad ordenará que se disponga la terminación y liquidación inmediata del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

Finalmente, entendiendo que se configura la ocurrencia del siniestro, la Entidad ordenará la afectación de la Póliza de Seguro de Cumplimiento de Entidad Estatal No. 85-44-101079846 Anexo 0, expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., cuyo amparo es el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con ocasión del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, para el caso en que el Concesionario no realice el pago de las sanciones impuestas.

En virtud de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. - NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN del procedimiento administrativo sancionatorio contractual elevada por el representante legal de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y coadyuvada por el apoderado de la Aseguradora, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO de la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, a las siguientes obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, de acuerdo con las razones indicadas en la parte motiva de este acto administrativo:

Tema	Cláusulas y Obligaciones incumplidas
(i) Plan de Inversión	- CLÁUSULA 12 PLAN DE INVERSIONES del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 40 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(ii) Operación del Terminal Portuario	- CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO - Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 41 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(iii) Presentación del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO	- CLÁUSULA 7 REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 36 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(iv) Pago de la Contraprestación	- CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO - Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN, Numeral 13.1 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 3 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(v) Fondéo de los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría del Contrato	- CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN, Numeral 13.2 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 9 y 43 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

ARTÍCULO TERCERO. - Teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia de los incumplimientos del Concesionario, **DECLARAR** la Caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

RESOLUCIÓN No. 20227070004345 "Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este"

ARTÍCULO CUARTO.- IMPONER los perjuicios causados por no pago de la contraprestación, por la no operación del puerto, por la no ejecución del Plan de Inversiones y por no fondear la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, los cuales ascienden a la suma **DIEZ MILLONES CIENTO OCHENTA MIL OCHOCIENTOS NUEVE DÓLARES CON VEINTIDÓS CENTAVOS USD 10.180.809,22**; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (COP \$ 466.923.702,71)**, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

El pago de los perjuicios impuestos deberá realizarse en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la TRM del día del pago.

ARTÍCULO QUINTO. – AFECTAR la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 85-44-101079846 Anexo 0, expedida por la Compañía Aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., en la que actúa como tomador y afianzado la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y como asegurado la Agencia Nacional de Infraestructura, en su amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en el evento en que la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.** se abstenga de efectuar el pago de los perjuicios impuestos en el artículo cuarto de la parte resolutive del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEXTO. – Dar por terminado el vínculo contractual entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, sin indemnización para el contratista, y por ende ordenar la liquidación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en el estado que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012-.

ARTÍCULO SÉPTIMO. – Como consecuencia de la declaratoria de Caducidad, la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, queda inhabilitada para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de este acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1º del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

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

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

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

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de Reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **31-03-2022**

EDUARDO DURÁN MONTOYA
Coordinador GIT Sancionatorios
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

RESOLUCIÓN No. **20227070004345** *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”*

Proyectó: Juan Camilo González – Abogado GIT Sancionatorios – VJ
VoBo:

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20227070018095

20227070018095

Fecha: 08-11-2022

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

EL COORDINADOR DEL GIT SANCIONATORIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones ANI Nos. 1069 de 15 de julio de 2019, 295 de 25 de febrero de 2020 y 20221000007275 de 3 de junio de 2022, y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, procede a resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022 - Expediente 20217070320700008E.

CONSIDERANDO:

Que el 31 de marzo de 2022 fue expedida y notificada la Resolución No. 20227070004345 *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”,* de conformidad con lo previsto en el literal (c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, se resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. - NEGAR LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN del procedimiento administrativo sancionatorio contractual elevada por el representante legal de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y coadyuvada por el apoderado de la Aseguradora, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO de la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, a las siguientes obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, de acuerdo con las razones indicadas en la parte motiva de este acto administrativo:

Tema	Cláusulas y Obligaciones incumplidas
(i) Plan de Inversión	- CLÁUSULA 12 PLAN DE INVERSIONES del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 40 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

(ii) Operación del Terminal Portuario	- CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO - Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 41 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(iii) Presentación del Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO	- CLÁUSULA 7 REGLAMENTO DE CONDICIONES TÉCNICAS DE OPERACIÓN del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 36 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(iv) Pago de la Contraprestación	- CLÁUSULA 1 OBJETO DEL CONTRATO - Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN, Numeral 13.1 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 3 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.
(v) Fondeo de los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría del Contrato	- CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN, Numeral 13.2 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. - CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO, Numeral 9 y 43 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016.

ARTÍCULO TERCERO. - Teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia de los incumplimientos del Concesionario, **DECLARAR** la Caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 celebrado entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

ARTÍCULO CUARTO.- IMPONER los perjuicios causados por no pago de la contraprestación, por la no operación del puerto, por la no ejecución del Plan de Inversiones y por no fondear la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, los cuales ascienden a la suma **DIEZ MILLONES CIENTO OCHENTA MIL OCHOCIENTOS NUEVE DÓLARES CON VEINTIDÓS CENTAVOS USD 10.180.809,22**; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (COP \$466.923.702,71)**, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

El pago de los perjuicios impuestos deberá realizarse en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la TRM del día del pago.

ARTÍCULO QUINTO. – AFECTAR la Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. 85-44-101079846 Anexo 0, expedida por la Compañía Aseguradora **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, en la que actúa como tomador y afianzado la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y como asegurado la Agencia Nacional de Infraestructura, en su amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en el evento en que la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.** se abstenga de efectuar el pago de los perjuicios impuestos en el artículo cuarto de la parte resolutive del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEXTO. – Dar por terminado el vínculo contractual entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, sin indemnización para el contratista, y por ende ordenar la liquidación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en el estado que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012-.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

ARTÍCULO SÉPTIMO. – Como consecuencia de la declaratoria de Caducidad, la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, queda inhabilitada para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de este acto administrativo, de conformidad con lo establecido en el literal c) del numeral 1º del art. 8 de la Ley 80 de 1993.

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

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

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

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de Reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia.”

Que, en contra de la indicada decisión, la Sociedad Portuaria y la Aseguradora interpusieron recurso de reposición, el cual fue sustentado por los Apoderados de estas en sesión de audiencia realizada el día 3 de mayo de 2022.

Que mediante Auto No. 20227070001406 del 21 de junio de 2022, se ordenó la incorporación de los documentos allegados por el Concesionario al sustentar su recurso de reposición, el traslado de estos a la Garante y se negó la solicitud de inspección judicial pedida por el Concesionario. Dicho Auto fue notificado al Concesionario y la Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin.

Que no hubo pronunciamiento de la Sociedad Portuaria y la Garante sobre el traslado de los documentos incorporados con el mencionado Auto.

Que, igualmente, mediante Auto No. 20227070001486 de 29 de junio de 2022, se procedió por parte del Despacho a incorporar el memorando con radicado ANI No. 20223080056283 de 18 de abril de 2022, en donde la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, remitió un alcance al memorando 20223080044933 de ajuste y actualización del Concepto Financiero respecto de la tasación de perjuicios. Dicho Auto fue notificado al Concesionario y la Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin.

Que, dentro del término del traslado el Apoderado de la Garante indicó que en representación de Seguros del Estado S.A., solicita se tengan en cuenta las observaciones que realice la Sociedad Portuaria sobre el particular, y se ratifican los argumentos presentados en el recurso de reposición presentado en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022.

Que, estando dentro del término para recorrer traslado y pronunciarse sobre el Auto No. 20227070001486 de 29 de junio de 2022, el Apoderado de la Sociedad Portuaria presenta recurso de reposición contra el mencionado Auto.

Que, de conformidad con las funciones atribuidas al Coordinador del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, es de su competencia resolver los recursos impetrados en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

I. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN.

La Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y Seguros del Estado S.A sustentaron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, en los siguientes términos:

I.1. Argumentos del Concesionario.

El Concesionario sustentó el respectivo recurso con base en los siguientes argumentos:

1.1.1. Fundamentos de la Resolución para la declaración de incumplimiento de la sociedad portuaria Bullpesa S.A. y declaración de Caducidad.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria señala que la Resolución objeto de reproche se fundamentó dentro del siguiente marco normativo, entre otros.

La Ley 1474 de 2011 cuyo título establece “*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*”

Y su artículo 86 que en su primer inciso resalta “*IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal. Para tal efecto observarán el siguiente procedimiento: (...) “*

La primera refutación al fundamento de la citada Resolución, es que de lejos el Concesionario se encuentra entre los actos de corrupción que originaron y fundamentaron la norma.

Además, el Apoderado del Concesionario Portuario concluye que NO existe ningún acto de corrupción que se le pueda imputar por esta Entidad.

1.1.2. Terminación unilateral por el Concedente en la Resolución objeto del presente recurso.

El Apoderado del Concesionario indica que el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la Administración a dar por terminado unilateralmente el contrato estatal, mediante acto administrativo debidamente motivado, y por razones que sobrevengan durante la ejecución del mismo, en la medida en que el servicio público lo requiera o el orden público lo imponga o por causas atinentes al contratista, que dificulten su ejecución.

Agregó que este medio no tiene un carácter punitivo, sino que constituye un medio de control para la interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado:

“La Administración provista de esta competencia por el ordenamiento jurídico, en caso de extrema gravedad, no busca un efecto punitivo contra el administrado que le colabora en la consecución de los fines del Estado, sino que es un medio de control para evitar que las entidades públicas tengan obstáculo jurídico que les imponga interrupción, retardo o paralización en la continuidad de la actividad, función o servicio público, para defensa del interés común y a su vez en beneficio del patrimonio público ya que impide la violación del principio de la economía susceptible de afectarse por las circunstancias que le dan origen a su declaratoria¹”.

1.1.3. Solicitud principal de Terminación del Contrato por la causal contemplada en la Cláusula 30, literal (c), mutuo acuerdo, del Contrato de Concesión suscrito.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria resalta que como consecuencia de la solicitud de revocatoria de la Resolución por las razones expuestas en el recurso y teniendo contemplado el mutuo consentimiento, denominado también resciliación o mutuo disenso (art. 1602 C.C), como causal de terminación del Contrato, solicita de manera principal se dé por terminado por la causal contemplada en la cláusula 30, literal c, mutuo acuerdo, del mismo.

¹ Consulta No. 1293, del 14 de diciembre de 2000, C.P. Dr. Luis Camilo Osorio Isaza.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 "Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022"

Indica que este instrumento contemplado en el Contrato, garantiza la protección de la inversión privada, por decisión bilateral, amparada en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, en aplicación de las normas de derecho privado por remisión expresa de la Ley 80 de 1993. En consecuencia, el Contrato de Concesión puede terminarse anticipadamente por el mismo consenso de las partes cuando así este pactado.

1.1.4. Solicitud subsidiaria de Terminación del Contrato por la causal contemplada en la Cláusula 30, literal (h) del Contrato de Concesión, Incapacidad Financiera del Concesionario.

El Apoderado del Concesionario observa que como consecuencia de la solicitud de revocatoria de la Resolución por las razones expuestas en el presente recurso y teniendo en cuenta la situación financiera y jurídica que presenta la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A, subsidiariamente solicita la terminación del Contrato por la causal contemplada en la cláusula 30, literal h, incapacidad financiera del Concesionario.

Esta petición la fundamenta en lo siguiente:

"En fecha 3 de octubre de 2017, fue embargado uno de los inmuebles que constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario, inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria FMI 060-59671, ANOTACION: Nro. 006 Fecha: 03-10-2017 Radicación: 2017-060-6-20383 OFICIO 2471 DEL 08-09-2017 JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, MEDIDA CAUTELAR: EMBARGO EJECUTIVO CON ACCION PERSONAL EXP #00412/2017. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO DE: TRANSPORTE Y LOGISTICA PORTUARIA S.A. A: BULL PETROLEUM S.A.S C.I NIT. 900383453-0.

En fecha 30 de agosto de 2018, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, por virtud de escrito mediante el cual el SUPERINTENDENTE DELEGADO DE PUERTOS, DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE, entidad que ejerce supervisión sobre BULL PETROLEUM S.A.S C.I., solicitó inicio de proceso de reorganización de la SOCIEDAD BULL PETROLEUM S.A.S C.I, por encontrarse en cesación de pagos."

Seguidamente el Apoderado de la Sociedad Portuaria resalta que muy a pesar de los razonamientos de la Agencia Nacional de Infraestructura, evoca una vez más la ausencia de fundamento de esta Entidad al considerar que este hecho no afecta a la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A, dado que la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) es accionista del 70% en el capital de la concesionaria SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A, y además "se encarga de hacer la totalidad de los pagos que tiene que hacer la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A."

Igualmente, manifiesta que contrario a los fundamentos contenidos en la Resolución atacada, al encontrarse la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI en proceso de reorganización se genera una incapacidad financiera del CONCESIONARIO, que da lugar a la solicitud de terminación del Contrato por la causal contemplada en la cláusula 30, literal h, incapacidad financiera del Concesionario.

La señalada cláusula establece como evento para la terminación del Contrato, la incapacidad financiera del concesionario, que se presume cuando se ha embargado judicialmente y dicha situación amenace la adecuada ejecución del Contrato.

Así mismo, pone de presente que como reiteradamente se ha informado a la Agencia Nacional de Infraestructura, al iniciarse el proceso de reorganización empresarial de la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI fueron embargados los inmuebles que constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario, inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria: 060-36179, 060-183956, 060-183955, 060-38956 y 060-59671.

Para probar lo anterior, el Apoderado de la Sociedad Portuaria en sede de recurso aporta los certificados de libertad y tradición de esos inmuebles, los cuales constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario y sobre los cuales se encuentran vigentes medidas cautelares.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

También, el Concesionario dentro de los argumentos de defensa para sustentar su recurso, trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional², para sostener que existe un alcance de protección constitucional a la Empresa una vez se activan los procesos de reorganización.

1.1.5. Carencia de proporcionalidad de la sanción impuesta en la Resolución.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria indica que la Agencia Nacional de Infraestructura señaló que: *“con la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, la administración pública pretendía el cumplimiento de los fines estatales, entre ellos, generar una eficiente prestación del servicio público en garantía del interés general, con el objeto de autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de unos bienes de uso público para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal portuario de uso público, para el cargue y descargue de líquidos a granel (hidrocarburos) por un plazo de 18 años, a cambio de una contraprestación pactada en el mismo Contrato de Concesión.”*.

Para el Apoderado del Concesionario no se encuentra probado lo afirmado por la Agencia Nacional de Infraestructura en el sentido que: *“ante el presunto y reiterado incumplimiento de las obligaciones consagradas en dicho Contrato de Concesión, se ha visto paralizada la prestación del servicio, generando en consecuencia una subutilización de un recurso físico”*, y refuta esta afirmación teniendo en cuenta que el recurso físico se encuentra intacto, jamás fue utilizado ni subutilizado, como se puede apreciar en el registro fotográfico soporte de la resolución.

Asimismo, refuta la afirmación contenida en la Resolución objeto de recurso, en la que se señala que los bienes aptos para puertos en Colombia son un bien *“tan escaso para la Nación”*, considerando que Colombia tiene dos mares, 300 playas y 2900 kilómetros de costas; frente a este aparte de la Resolución que se recurre *“que tenía la virtualidad de ser explotado económicamente a cambio de un beneficio monetario que recibiría el Estado, generando en consecuencia, una afectación del interés general como principio rector de la contratación administrativa”*, el Apoderado del Puerto señala que la anterior afirmación no es más que una hipótesis que no puede constituirse en prueba para decretar una sanción de caducidad en contra de su Representada.

El Apoderado del Puerto indica que, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, puedan declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

En cuanto a la cuantificación de los perjuicios, el Apoderado de la Sociedad Portuaria advierte que no es procedente por no haberla contemplado en el Contrato de Concesión, el cual hace referencia exclusivamente en la cláusula 30 que la caducidad de la concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada a través de la que se dará por terminado el Contrato y se ordenara su liquidación, incluyendo las decisiones de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria.

Adicional a lo anterior, afirma que la sanción interpuesta luce abultadamente desproporcionada teniendo en cuenta la sana lógica de los hechos toda vez que, si la Sociedad Portuaria tuviera los más de diez millones de dólares por los cuales fue sancionada, con ese dinero estuviere operando el Puerto dado en Concesión.

El Apoderado del Concesionario establece que, la Ley contempla aplicar cláusula penal pero la Agencia Nacional de Infraestructura no aplicó las sanciones contenidas en la cláusula penal, sino una indemnización sin fundamento, dado que como se evidenció en las fotografías contenidas en la Resolución, el espacio concesionado no sufrió afectación alguna al encontrarse en el mismo estado en que se solicitó la concesión. Asimismo, expone que el espacio concesionado solo podría ser usado por los disponentes de los inmuebles subyacentes, en atención a que solo benefician a estos inmuebles. En la práctica podrían ser considerados de uso exclusivo.

También advierte que, lejos de asegurar un mecanismo de financiamiento fundamental para un país con limitaciones presupuestales, podrían generarse discusiones sobre las garantías a la inversión privada, lo que atentaría contra los principios constitucionales y las reglas de derecho

² Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 620 de 09 de agosto de 2012, Referencia: Exp. D-8955 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.



RESOLUCIÓN No. **20227070018095** “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

privado aplicables, derivando en eventuales enriquecimientos sin causa a favor del Estado en detrimento del particular que podrían ser consideradas internacionalmente como “expropiaciones ocultas”.

En este sentido pone de presente que existen distintos tipos de expropiaciones, las cuales han recibido distintas denominaciones, entre ellas expropiación directa, indirecta, medidas equivalentes a expropiación, expropiación encubierta y oculta, constructiva, de facto, regulatoria, virtual.

Igualmente, el Concesionario a través de su Apoderado indicó que el Consejo de Estado se ha referido en diferentes oportunidades a la cláusula de reversión, tomada en cuenta para realizar cálculos e intentar acreditar perjuicios, sentando algunas bases y decisiones. Sobre este punto señala de manera general varias providencias del Consejo de Estado³.

1.1.6. Errónea motivación de la Resolución en cuanto al presunto incumplimiento en el Fondeo de los Recursos necesarios para la Contratación de la Interventoría del Contrato.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria indica que mediante comunicación con radicado ANI No. 2018-409-001020-2 del 05 de enero de 2018, la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. envió a la Agencia Nacional de Infraestructura un soporte de consignación por valor de COP \$757.744.783 para el fondeo para la contratación de la Interventoría de Obras e Inversión.

A renglón seguido afirma que las sumas adicionales señaladas en la Resolución no se pudieron cancelar por la incapacidad financiera del Concesionario al ser embargado judicialmente, situación que amenazó la adecuada ejecución del Contrato.

Finalmente, expresa que como reiteradamente se ha informado a la Agencia Nacional de Infraestructura, al iniciarse el proceso de reorganización empresarial de la sociedad **BULL PETROLEUM S.A.S. CI EN REORGANIZACION**, fueron embargados sus bienes razón por la cual se presentó una situación sobreviniente para el pago del saldo señalado en la Resolución como causal de incumplimiento.

1.1.7. Incumplimiento por la ANI de la Cláusula 28 del Contrato de Concesión; Contrato No Cumplido o incumplimiento Contractual por ambas partes.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria indica que se presentó un incumplimiento por la parte de la Agencia Nacional de Infraestructura al no nombrar interventor, siendo su obligación hacerlo de acuerdo con lo contemplado en la cláusula 28 del Contrato de Concesión, relacionada con la INTERVENTORIA, constituyéndose en una obligación del CONCEDENTE, por lo que de acuerdo con el artículo 21 literal (d) se origina el mutuo incumplimiento contemplado en el artículo 1546 del Código Civil, el cual establece que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria tácita en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

El Apoderado afirma que se presentó un incumplimiento mutuo por lo tanto se debe decretar la resolución del Contrato sin que se hagan efectivas las arras y perjuicios en contra de su Representada, considerando que el Contrato de Concesión es un contrato bilateral, por lo que queda sujeto a lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil.

Asimismo, trae a colación el artículo 1609 del Código Civil que refiere que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Igualmente, recuerda que en los términos de la normatividad aludida se determina que en caso de incumplimiento, el otro contratante podrá pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios.

³ CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA. Sentencia del 23 de diciembre de 2005. C.P. Ramiro Saavedra Becerra 67 Ibid. CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA. Sentencia del 16 de junio de 1994 (Exp 5729). C.P. Daniel Suarez 69.

CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA. Sentencia del 7 de junio.2001. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Por último, argumenta que, como lo ha reiterado la jurisprudencia nacional, la petición y reclamación de perjuicios originados por el incumplimiento de un contrato bilateral, solamente procede a petición del contratante cumplido, o que demuestre que se allanó a cumplir.

Al respecto transcribe apartes jurisprudenciales del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia.

1.1.8. Multa injustificada impuesta por parte de la ANI en fecha muy posterior al acontecimiento sobreviniente de la causal contemplada en la Cláusula 30, literal h del Contrato de Concesión, Incapacidad Financiera del Concesionario.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria plantea que la Agencia Nacional de Infraestructura, a través de su GIT Sancionatorios, mediante Resolución No. 1904 de 17 de diciembre 2019 declaró el incumplimiento de la Sociedad frente a las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 12 y en el numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 (Plan de Inversiones), con multa por valor de USD\$193.271, sanción confirmada mediante Resolución No. 237 del 18 de febrero de 2020.

Sobre ese aspecto indica que la anterior multa se materializa en fecha muy posterior a estructurarse la causal contemplada en la cláusula 30, literal (h), incapacidad financiera de la Concesionaria, del contrato del Contrato de Concesión, como seguidamente pasa a exponer:

“En fecha 3 de octubre de 2017, fue embargado uno de los inmuebles que constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario, inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria FMI 060-59671, ANOTACION: Nro. 006 Fecha: 03-10-2017 Radicación: 2017-060-6-20383 OFICIO 2471 DEL 08-09-2017 JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, MEDIDA CAUTELAR: EMBARGO EJECUTIVO CON ACCION PERSONAL EXP #00412/2017. PERSONAS QUE INTERVIENEN EN EL ACTO DE: TRANSPORTE Y LOGISTICA PORTUARIA S.A. A: BULL PETROLEUM S.A.S C.I NIT. 900383453-0.

En fecha 30 de agosto de 2018, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, por virtud de escrito mediante el cual el SUPERINTENDENTE DELEGADO DE PUERTOS, DE LA SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE, entidad que ejerce supervisión sobre BULL PETROLEUM S.A.S. - C.I., solicitó inicio de proceso de reorganización de la SOCIEDAD BULL PETROLEUM S.A.S - C.I, por encontrarse en cesación de pagos.”

1.1.9. Derecho de Igualdad con respecto a los Contratos de Concesión suscritos por los grandes conglomerados del País.

Finalmente, el Apoderado de la Concesión Portuaria invoca una vulneración del derecho a la igualdad, al evidenciar un trato discriminatorio respecto a las decisiones tomadas por la Agencia Nacional de Infraestructura frente a los contratos de concesión suscritos por los grandes conglomerados del País, en las cuales se observan decisiones para no afectar sus patrimonios.

1.2. Argumentos de la Garante Seguros del Estado S.A.

La Garante Seguros del Estado S.A. sustentó el respectivo recurso con base en los siguientes argumentos:

1.2.1. Violación norma Superior - artículo 1081 del Código de Comercio. Imposibilidad de hacer efectiva la garantía por haber operado el fenómeno de la Prescripción.

Consideraciones Generales.

El Apoderado de la Garante indica que el ordenamiento jurídico colombiano hace referencia a que cuando una persona adquiere una obligación, está llamada en principio, a cumplirla, sin embargo, existen diferentes situaciones que llevan a la extinción de estas.

Al respecto, recordó lo dispuesto por el artículo 1625 del Código Civil, el cual prevé las formas de extinción de las obligaciones:

“Toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas, siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Las obligaciones se extinguen además en todo o en parte:

- 1o.) *Por la solución o pago efectivo.*
- 2o.) *Por la novación.*
- 3o.) *Por la transacción.*
- 4o.) *Por la remisión.*
- 5o.) *Por la compensación.*
- 6o.) *Por la confusión.*
- 7o.) *Por la pérdida de la cosa que se debe.*
- 8o.) *Por la declaración de nulidad o por la rescisión.*
- 9o.) *Por el evento de la condición resolutoria.*
- 10.) **Por la prescripción.** (Negrilla fuera del texto Original)

En punto al contrato de seguro, el Apoderado afirma que una de las obligaciones de la Aseguradora, es la de efectuar el respectivo pago de la indemnización cuando a ello hay lugar, pero dicha obligación no es indeterminada en el tiempo.

En ese aspecto recuerda que el artículo 1081 del Código de Comercio, regula lo concerniente a la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro y, que este precepto normativo consagra dos clases de dicho fenómeno, los cuales son: la prescripción ordinaria y la extraordinaria, siendo la primera de ellas (la ordinaria) la relevante para el caso en estudio. Seguidamente precisa que es menester, indicar que el aludido artículo preceptúa:

“La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

De lo anterior, concluye que el computo del término de la prescripción ordinaria opera en dos eventos:

1. Cuando el interesado conoció el hecho que da base a la acción, o
2. **Cuando el interesado debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción.**

Frente al segundo evento referido, el Apoderado plantea que la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 1 de agosto de 2016 Exp. 49026, indicó:

“(…) [E]l artículo 1081 del Código de Comercio regula el tema relacionado con la prescripción en el contrato de seguro y contempla dos modalidades extintivas de las acciones que dimanen de aquel: A la primera, denominada prescripción ordinaria, le asigna un término extintivo de dos años contados a partir del momento en que el interesado tuvo conocimiento, real o presunto, del hecho que da causa a la acción; y respecto de la segunda, llamada extraordinaria, la norma consagra un término máximo de cinco años contados a partir del momento en que nace el derecho y en relación con toda clase de personas.

La distinción en la prescripción ordinaria y extraordinaria, radica en que mientras en la primera se atiende a un criterio subjetivo, esto es, la calidad de la persona contra quien corre el término (denominado el interesado); en la segunda se atiende a un criterio objetivo, toda vez que opera contra toda clase de personas, independientemente de que conociera o no el momento de la ocurrencia del siniestro (...) [E]l artículo 1131 ibidem precisa que en el seguro de responsabilidad, la prescripción correrá respecto de la víctima a partir del momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, es decir, desde el momento en que nace el respectivo derecho, ante lo cual operará la prescripción extraordinaria.

*Seguidamente, establece que frente al asegurado los términos de prescripción le comenzarán a correr cuando la víctima, esto es, la persona que sufrió el siniestro, le formula petición judicial o extrajudicial, es decir, **cundo haya tenido o debido tener***



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 "Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022"

conocimiento del hecho que da base a la acción, por lo que la prescripción ordinaria será de dos años para el interesado" (Negrilla fuera del texto)

Del aparte jurisprudencial traído a colación, el Apoderado concluye que para que la Administración pueda hacer efectivo el amparo de cumplimiento de la póliza No. 85-44-101079846, debe proferir el acto administrativo que declara el siniestro dentro de los dos (2) años siguientes a que tenga conocimiento de la ocurrencia del incumplimiento contractual que da origen a la actuación administrativa, tal y como lo ha señalado también la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2021 Exp. 57454, al señalar lo siguiente:

1. "La controversia sometida a consideración de la Sala se circunscribe a determinar, en primer lugar, si, para el momento en el que la entidad demandada declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, había operado la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, de la que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, pues, en caso de proceder esta solicitud, dejaría de tener sentido el análisis de las demás pretensiones.
2. De conformidad con las razones que se exponen a continuación, la Sala revocará la decisión de primera instancia, habida consideración de que, para el momento en que el IDU expidió los actos administrativos demandados, había acaecido la prescripción ordinaria consagrada en el artículo 1081 del Código de Comercio, de conformidad con las siguientes consideraciones.

34. Como primera medida, debe recordarse que esta Corporación, en varias ocasiones, se ha referido al artículo 1081 del Código de Comercio, que estableció un término de prescripción ordinaria de 2 años para las acciones derivadas del contrato de seguro^[1], y su incidencia cuando la declaratoria de siniestro se produce a través de acto administrativo. Sobre este término, se ha reconocido que corre a partir del momento en que el interesado (como ocurre con la entidad beneficiaria del contrato de seguro que ampara el cumplimiento de un contrato estatal) haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da origen a la acción:

35. Con base en una extensa línea jurisprudencial^[2], se entiende que, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da origen a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir el acto administrativo mediante el cual declara la ocurrencia de un siniestro y lo cuantifica.

36. Esta misma Subsección, en una oportunidad reciente, recordó que "el término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro es de 2 años, y corre a partir del momento en que el interesado –la entidad beneficiaria del contrato de seguro, en el caso de garantías de cumplimiento otorgadas en contratación estatal– haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Así, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da base a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir un acto administrativo mediante el cual declare la ocurrencia de un siniestro y su cuantía".

37. En el caso objeto de análisis, tal y como se señaló en la demanda y en el recurso de apelación (lo que se confirma con los propios informes de interventoría de los que dan cuenta los actos administrativos demandados), la administración tuvo conocimiento de las razones del incumplimiento el 5 de abril de 2011, o, en su defecto, el 30 de mayo de 2011. A partir de estas fechas se puede afirmar, sin lugar a dudas, que la administración sabía de los incumplimientos contractuales, comoquiera que fue en este momento "cuando el IDU manifestó no haber recibido por parte del CONSORCIO PRO3 los productos finales de estudios y diseños".

38. También se puede efectuar el conteo a partir del día en el que el contrato se dio por terminado (11 de diciembre de 2011), momento en el cual la administración ya "tenía pleno conocimiento de los supuestos fácticos con base en los cuales se estructuró el incumplimiento imputado al contratista"; o, incluso, cuando se presentó la primera audiencia para presentar los respectivos descargos (31 de enero de 2012). En todos los casos (incluido el conteo que resultaría más benéfico para la entidad demandada) es claro que, para la fecha en que se declaró la ocurrencia del siniestro de incumplimiento de la póliza expedida por Royal, había ocurrido la prescripción ordinaria de la que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, comoquiera que la primera Resolución que declaró el siniestro de incumplimiento fue adoptada el 27 de marzo de 2014.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

39. Por las anteriores consideraciones, la Sala concluye que ocurrió la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, porque había expirado el plazo en el cual la administración podía proferir el acto administrativo mediante el cual declaraba la ocurrencia de un siniestro y cuantificaba el perjuicio, lo cual será declarado en la parte resolutive de la presente providencia. En consecuencia, procede la nulidad parcial del artículo segundo y del inciso segundo del artículo tercero de la Resolución 9370 de 27 de marzo de 2014, así como la nulidad parcial del artículo primero de la Resolución 41257 de 8 de mayo de 2014, que confirmó, en todas sus partes, la Resolución 9370 de 27 de marzo de 2014.

40. En vista de la anterior determinación, y de que se acreditó el pago del siniestro declarado y cuantificado por la entidad, se ordenará su devolución, con su respectiva indexación, de conformidad con la siguiente fórmula”

Con fundamento en la norma y jurisprudencia antes citadas, el Apoderado de la Garante señala que los mismos establecen los parámetros para determinar el momento a partir del cual empiezan a correr los términos de prescripción, cuando se trata de acciones dirigidas a exigir de la Compañía de Seguros, la indemnización a la que haya lugar, por haberse afectado alguno de los amparos incluidos en la Garantía Única de Cumplimiento.

Aunado a lo precedente, refiere que el Consejo de Estado también se ha pronunciado respecto del término que tiene la Administración para producir el Acto Administrativo que declara el siniestro, de la siguiente manera:

*“(…) Y cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, (…) puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que, cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa; **la reclamación así entendida - noticiando al asegurador - tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria, es decir, dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro.**”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

Del anterior aparte el Apoderado observa que, para que opere la prescripción ordinaria, la norma y la jurisprudencia señalan que el tiempo transcurrido se contará a partir del momento en que el interesado, haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción, es decir, de la ocurrencia del siniestro.

Así las cosas, el Apoderado manifiesta que como se indicó anteriormente, la prescripción aplicable al caso en concreto es la ordinaria, afirmación que encuentra su sustento en pronunciamiento del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, al señalar:

*“(…) el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento de una obligación garantizada a través de seguro de cumplimiento, **debe expedirse dentro de la vigencia de la póliza o dentro de los dos años siguientes a la fecha en que la administración tuvo conocimiento o razonablemente pudo tenerlo de la existencia del riesgo asegurado;** lo anterior con el fin de evitar que proceda la prescripción ordinaria de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio¹⁷.”* (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

Es por ello que el Apoderado afirma que el hecho que da base a la acción en el presente caso, así como el instante en que el interesado debió conocer, se da en el momento en que la Administración conoce, a través del interventor, supervisor o persona delegada, sobre los hechos que constituyen un incumplimiento contractual, fecha en la cual nace la obligación por parte de la Entidad Contratante de declarar el siniestro a través de un Acto Administrativo motivado, así como de hacer efectivas las garantías a que haya lugar.

El Apoderado argumenta que para evitar que el fenómeno prescriptivo se presente, dicho acto administrativo mediante el cual se declara el siniestro, se debe proferir y notificar dentro de los dos años siguientes al momento en que la Administración tuvo conocimiento de la existencia del riesgo asegurado, y el mismo estar debidamente ejecutoriado.

Caso concreto.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

En el presente caso, la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, conoció de los hechos de incumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 001 de 2016, desde el 6 de septiembre de 2018 tal y como quedó consignado en comunicación No. 2019-707-024162-1, en los siguientes términos:

“El 06 de septiembre de 2018 el supervisor del proyecto realizó visita de campo al Terminal Portuario concesionado a la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., verificándose para el efecto que el Concesionario no ha ejecutado inversión alguna correspondiente al Plan de Inversiones contractual.”

De lo expuesto por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, el Apoderado sostiene que en la citación a audiencia objeto de esta actuación administrativa el porcentaje de ejecución es del 0%, lo que significa que el Contrato garantizado por SEGUROS DEL ESTADO S.A. no tuvo ningún avance o ejecución desde el 6 de septiembre de 2018, fecha en la que se realiza visita de campo a las obras, hasta la fecha.

Frente a lo anterior, el Apoderado advierte que ello significa que la Administración contaba con dos (2) años a partir del momento que tuvo conocimiento de los hechos de incumplimiento para proferir los respectivos actos administrativos, e imponer todas y cada una de las sanciones a que diera lugar, más aún, cuando es plenamente conocido por la Entidad asegurada que el Concesionario no realizó ninguna inversión en el proyecto y, en consecuencia, permitió que los perjuicios para el Estado fuesen de mayor valor, por no haber declarado la caducidad del Contrato desde el momento en que conoció que el Concesionario no realizó inversión alguna en el proyecto y que las obras se encontraban completamente paralizadas.

En este orden de ideas, concluye que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, tenía hasta el 6 de septiembre de 2020 para imponer las sanciones a que hubiese lugar, recordando que, durante este lapso, tan solo impuso una multa a través de la Resolución No. 1904 del 17 de diciembre de 2019, confirmada mediante Resolución No. 237 de 2020.

De lo anterior, manifiesta que queda claro que la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, fue expedida por fuera del término que le otorga la ley a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y, por ende, no es procedente la afectación del amparo de Cumplimiento contenido en la Póliza No. 85-44-101079846, por encontrarse prescrita su acción, en tal sentido se solicita SE REVOQUE la Resolución mencionada.

1.2.2. Pérdida de Competencia de la Entidad por haber operado la Caducidad de la facultad sancionatoria.

Consideraciones Generales.

El Apoderado de Seguros del Estado indica que, las entidades sometidas al Régimen de Contratación Estatal tienen la facultad exorbitante de imponer sanciones directamente al contratista, entre ellas la declaratoria de incumplimiento, la multa, caducidad o clausula penal, facultad sometida al procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

No obstante, el Apoderado pone de presente que el legislador ha establecido un término durante el cual la Administración puede hacer uso de la facultad sancionatoria, consagrado en el artículo 52 del CPACA, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. *Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.” (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Al respecto, refiere que el Consejo de Estado mediante sentencia del 12 de abril de 2018. Exp.25000-23-24-000-2012-00788-01, expresó lo siguiente:

“dicho plazo se contabilizará en la forma establecida por el artículo 38 del C.C.A., esto es, desde que el hecho se produce”

De lo anterior, el Apoderado expresa que ello significa que existen unas reglas aplicables a las decisiones de las actuaciones administrativas sancionatorias, las cuales deben ser de estricto cumplimiento, y una de ellas es la facultad temporal para imponer las mismas.

Caso en concreto.

Para el caso objeto de estudio, el Apoderado plantea que es claro, aunque no se incluye en la resolución aquí impugnada, que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI previo a la visita de seguimiento realizada el 18 de diciembre de 2019, ya había realizado otra visita de seguimiento quince (15) meses antes, es decir, el 6 de septiembre de 2018. Esta última fecha corresponde al momento en que la Entidad conoció de los hechos de incumplimiento, luego entonces, la visita de seguimiento realizada en el año 2019 tan solo fue para corroborar que la ejecución del Contrato continuaba en las mismas condiciones del año 2018, es decir, 0% de ejecución.

De lo previamente señalado, concluye que es evidente que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI vulneró la regla establecida en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, que como ya se dijo, corresponde a proferir los actos administrativos dentro del tiempo que la Ley la faculta, esto es, dentro de los 3 años siguientes de haber tenido conocimiento de los hechos que dan cuenta de los incumplimientos contractuales.

Adicionalmente, expone que no se debe olvidar que la competencia es el elemento fundante del acto administrativo; bajo el precepto consagrado en el artículo 6 de la Constitución Nacional, los actos que expida la administración tienen que estar precedidos por una facultad que habilita al servidor público para actuar. Cuando el acto administrativo es expedido por una Entidad o un funcionario que no estaba investido de competencia para proferir una decisión, el acto adolece de nulidad por falta de competencia.

Al respecto, el Apoderado menciona que el Consejo de Estado mediante sentencia de fecha 19 de septiembre de 2016. Exp. 47693, ha señalado lo siguiente:

“4.-La falta de competencia como vicio de nulidad de los actos administrativos

4.1.- El de falta de competencia es uno de aquellos vicios invalidantes de los actos administrativos reconocidos por el derecho positivo colombiano. Así lo dispone el inciso segundo del artículo 137 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo al preceptuar que se declarará la nulidad de los actos “cuando hayan sido expedidos con infracción a las normas en que debería fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento el derecho de defensa y audiencia, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió” (Subrayado y negrilla fuera de texto)

De lo aludido el Apoderado argumenta que en este ámbito se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal).

En el caso que nos ocupa, expresa que no puede desconocer la Entidad contratante que el acto administrativo aquí impugnado se encuentra viciado de nulidad por violación al principio de legalidad (Arts. 1081 Código de Comercio y 52 de la Ley 1437 de 2011), toda vez, que se ha demostrado que la Entidad no solo tuvo conocimiento de la ocurrencia del riesgo asegurado (incumplimiento) desde el año 2018, sino que también fundamentó su decisión de declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 con base en el incumplimiento de obligaciones contractuales que datan del año 2018, fecha desde la cual la Entidad se dio cuenta



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

que las obras se encontraban paralizadas, tal y como lo señala en el acto administrativo impugnado, al señalar lo siguiente:

“La mencionada parálisis del servicio público fue puesta en evidencia en los Boletines Estadísticos de Tráfico Portuario en Colombia¹¹ publicados por la Superintendencia de Transporte los cuales no contienen información sobre movilización de carga por parte de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. para los años 2018, 2019, ni 2020.”

Significa lo anterior, que la fecha límite que tenía la administración para declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, era el 6 de septiembre del año 2021.

Así las cosas, concluye que por carencia de competencia temporal para proferir el acto administrativo objeto del presente recurso, se solicitará a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, la revocatoria de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022.

1.2.3. Violación de norma Superior – Falta de la obligación de mantenimiento del estado del riesgo, y de evitar la extensión y propagación del siniestro, ausencia de cobertura del seguro. Violación del artículo 1060 del Código de Comercio.

En este argumento el Apoderado alude que el artículo 1060 del Código de Comercio, hace referencia a la obligación del asegurado o tomador de la póliza de notificar a la compañía aseguradora toda modificación al estado del riesgo así:

“Art. 1060. – El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato.”

En línea con lo anterior, el Apoderado trae a colación que, en Sentencia del 06 de Julio de 2007, proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente, Doctor Carlos Ignacio Jaramillo, Expediente No. 05001 31 03 002 1999 0035901, al respecto se menciona:

“Aflora así que cualquier hecho o circunstancia que, directa o indirectamente, agrave el riesgo asumido o comporte la variación de su identidad local, por consiguiente incide en el compromiso obligacional del asegurador, quien, por tanto, tiene el derecho a ser informado de esas eventualidades y, de cara a la nueva situación, se insiste, luego de que sea debida y oportunamente noticiado, el derecho a sustraerse del contrato –por eso la ley colombiana habla de revocación-, o a exigir que se reajuste el valor de la prima, con el fin de restablecer el equilibrio económico inherente a este negocio jurídico. Por lo tanto, si el tomador o el asegurado no informan al asegurador sobre los hechos –subjetivos u objetivos- que alteran el estado del riesgo, la relación aseguraticia se socava en sus más caros cimientos: ubérrima buena fe, lealtad, equilibrio económico, entre otros, lo que debe provocar su terminación.”

Expuesto lo anterior, advierte que es claro que la Entidad contratante agravó el estado del riesgo, no solo para la Aseguradora, sino también, para el propio Estado, en el entendido que a sabiendas desde el 6 de septiembre de 2018 que las obras se encontraban paralizadas, no declaró a tiempo la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, y solo hasta el 17 de diciembre de 2019 quiso apremiar al contratista al cumplimiento a través de una multa, habiendo transcurrido más de catorce (14) meses de haber realizado la visita de seguimiento a las obras para ese momento. Esto significa que, durante este tiempo, la Entidad contratante conocía



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

que el Contrato continuaba paralizado, y solo hasta el 31 de marzo de 2022 declaró la caducidad del contrato mencionado, fecha para la cual, ya había caducado la facultad sancionatoria con que contaba la Administración, como quedó expuesto en el punto anterior.

Seguidamente el Apoderado manifiesta que, ante esta situación SEGUROS DEL ESTADO S.A., mediante comunicado SEB-2021 del 15 de febrero de 2021, decidió no seguir amparando el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, comunicación que fue notificada a la Agencia Nacional de Infraestructura el 15 de febrero de 2021 al correo electrónico: buzondjudicialani.gov.co.

De lo expuesto, concluye que la Administración no solo agravó el estado del riesgo para la Aseguradora mientras el contrato seguía amparado, sino agravó su propio perjuicio, tal y como consta en los perjuicios tasados en el acto administrativo aquí impugnado.

1.2.4. Argumento Subsidiario.

1.2.4.1. Responsabilidad de Seguros del Estado S.A., hasta el límite del valor asegurado respecto del amparo de cumplimiento

Consideraciones generales.

El Apoderado menciona que el artículo 1079 del Código de Comercio consagra como regla general en los seguros patrimoniales que el asegurador no está obligado a responder más allá de la suma asegurada, así:

“Artículo 1079. – El asegurador no estará obligado a responder sino hasta concurrencia de la suma asegurada (...).”

De dicho artículo plantea que esto significa que, en tratándose de los seguros de daños el valor de la indemnización a cancelar por parte del asegurador se encuentra delimitado, en este caso por el valor asegurado, el cual representa una suma fija llamada a regir durante la vigencia del contrato, que cuantifica la protección que requiere el asegurado, de la cual tiene pleno conocimiento y que se erige en el límite máximo de la indemnización en caso de siniestro, tal como lo dispone el artículo antes mencionado.

Así mismo, precisa que la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de julio de 1999, Sala de Casación Civil y Agraria, Exp. 5065, señaló:

“(...) El contrato de seguro de daños, es meramente indemnizatorio de todo o parte del perjuicio sufrido por el asegurado. Tal es la razón para que el asegurado, en caso de presentarse el riesgo, no pueda reclamar del asegurador suma mayor que la asegurada, así el daño haya sido superior, ni cifra que exceda del monto del daño, aunque el valor asegurado fuese mayor. El asegurado logra así, a través del contrato de seguro, la posibilidad de obtener la reparación del detrimento que sufre en su patrimonio a causa del acaecimiento del siniestro; su aspiración no puede ir más allá de alcanzar una compensación del empobrecimiento que le cause la ocurrencia del insuceso asegurado; el contrato le sirve para obtener una reparación, más no para conseguir lucro (...).”

Así las cosas, manifiesta que el contrato de seguro de cumplimiento de entidades estatales protege el patrimonio de la entidad asegurada dentro de unos límites precisos como lo es: el valor asegurado, los incumplimientos acaecidos durante la vigencia de este, exclusiones, entre otros.

Caso concreto.

En el presente caso, el Apoderado recuerda que SEGUROS DEL ESTADO S.A. canceló el valor de **SETECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$731.078.480,86) M/Cte.**, a título de indemnización total y definitiva a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, como consecuencia de la afectación del amparo de cumplimiento contenido en la Póliza No. **85-44-101079846**, como consecuencia de lo ordenado mediante Resolución 1904 del 17 de diciembre de 2019, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 001 de 2016 y se impuso multa por la suma de 193.271 dólares, decisión confirmada mediante Resolución No. 237 del 18 de febrero de 2020.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

El amparo de cumplimiento contenido en la Póliza No. 85-44-101079846 tiene una cobertura de US\$368.553.99, de esta suma se pagó a la Administración la suma de US\$193.271, quedando una cobertura de US\$175.282.99.

Por lo expuesto, en este punto concluye que, en el evento que no se acojan los argumentos principales, la responsabilidad de SEGUROS DEL ESTADO S.A., va hasta la ocurrencia de la suma asegurada para el amparo de cumplimiento, es decir, hasta la suma de US\$175.282.99.

II. DE LAS PRUEBAS EN EL TRÁMITE DE LOS RECURSOS.

El Concesionario, al sustentar el recurso de reposición solicitó fueran incorporados al expediente unos documentos por él aportados. Dichas pruebas son:

- Certificados de tradición de los inmuebles identificados con los folios de matrículas inmobiliarias: 060-36179, 060-183956, 060-183955, 060-38956, 060-59671, los cuales constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario y sobre los cuales se encuentran vigentes medidas cautelares.

Los referidos documentos fueron incorporados a la actuación a través del Auto No. 20227070001406 del 21 de junio de 2022, al igual que trasladados al Garante; sin embargo, no hubo pronunciamiento al respecto.

III. CUESTIÓN PREVIA.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria remite escrito al correo electrónico de notificaciones el 5 de julio de 2022, en el cual presenta recurso de reposición contra el Auto No. 20227070001486 de 29 de junio de 2022, Auto por el que se incorporó a la actuación el memorando con radicado ANI No. 20223080056283 de 18 de abril de 2022, en donde la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, remite un alcance al memorando 20223080044933 de ajuste y actualización del Concepto Financiero respecto de la tasación de perjuicios; en dicho Auto se indicó igualmente que se corría traslado por el término de tres (3) días, para que tanto el Concesionario como la Garante se pronunciaran.

Asimismo, se indicó que de conformidad con el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, contra el mismo no procedía recurso alguno:

“ARTÍCULO 75. IMPROCEDENCIA. No habrá recurso contra los actos de carácter general, ni contra los de trámite, preparatorios, o de ejecución excepto en los casos previstos en norma expresa.”

Expuesto lo anterior, el Despacho rechaza por improcedente el recurso de reposición interpuesto por el Apoderado de la Concesión Portuaria contra el Auto proferido el pasado 29 de junio de 2022, toda vez, que en el mismo Auto se advirtió que no procedía recurso alguno contra éste.

Sin embargo, los fundamentos de ese recurso, en tanto fueron allegados a la actuación dentro del término de traslado de la prueba incorporada en el referido Auto, serán tenidos en cuenta por el Despacho como argumentos que hacen parte del descorre del traslado del Auto.

En este escenario, es menester recordar que el Concesionario solicitó lo siguiente:

- a) “Dejar constancia que el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución ANI No. 20227070004345 de 31 de marzo de 2022 a efectos de que se revoque la misma, conserva plena validez, de manera puntual en la solicitud principal de terminación del Contrato por la causal de la Cláusula 30, literal C del Contrato de Concesión y la solicitud subsidiaria de terminación del Contrato por causal de la Cláusula 30, literal H.
- b) El recurrido auto señala principalmente como fundamentos que al revisar el valor de los perjuicios, la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual calculó que el valor de los perjuicios por No ejecución de las Inversiones, es de USD 9.303.885,86, el cual es inferior al que se impuso por ese incumplimiento en el acto sancionatorio, el cual fue de USD 9.498.754,53, y asimismo, al recalcular el valor de los perjuicios por no contratación de la Interventoría, se obtuvo



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpessa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

un valor de USD 174.306,26, el cual es inferior al que se impuso por ese incumplimiento en el acto sancionatorio, el cual fue de USD 177.957,11.

Se debe revocar por esta entidad, el perjuicio decretado por el no fondeo contractual de la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, decretado en la resolución 20227070004345 de fecha: 31-03-2022, así:

- i) 4.6.2.4. Perjuicio por el no fondeo contractual de la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría.

Se tiene que a fecha de corte 31 de marzo de 2022, el valor amortizado actualizado del valor de los recursos destinados para la contratación de la interventoría y que por ende configuran el monto de los perjuicios por el incumplimiento endilgado corresponde a la suma de CIENTO SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE DOLARES CON ONCE CENTAVOS USD 177.957,11 (dólares corrientes).

Lo anterior teniendo en cuenta que la ANI, jamás nombró interventor, siendo su obligación hacerlo de acuerdo con lo contemplado en la cláusula 28 del contrato de concesión, relacionada con la INTERVENTORIA, constituyéndose en una obligación del CONCEDENTE y constituyéndose en un incumplimiento, y que de acuerdo al artículo 21 literal D, se origina el mutuo incumplimiento contemplado en el artículo 1546 del código civil.

Al presentarse un incumplimiento también por parte de la ANI, se debe decretar la resolución del contrato sin que se hagan efectivos las arras y perjuicios en contra de mi representada.

PETICION: Al presentarse un incumplimiento por parte de la ANI, dado que jamás nombró al interventor, no se puede colegir ningún perjuicio por el no fondeo contractual de la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría.

- c) **PRUEBA DOCUMENTAL:** Aporto certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de comercio de Cartagena, de la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S C.I, de fecha 30 de junio de 2022, en el cual se certifica:

ACTO: EMBARGO_ESTABLECIMIENTO DE COMERCIO DOCUMENTO:

OFICIO NRO.: 0811 FECHA: 2017/07/07

RADICADO: 68001-31-03-011-2017-00146-00

PROCEDENCIA: JUZGADO ONCE CIVIL DEL CIRCUITO, BUCARAMANGA

PROCESO: EJECUTIVO

DEMANDANTE: COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE TANQUES Y CAMIONES PARA COLOMBIA - COLVOLCO

DEMANDADO: BULL PETROLEUM S.A.S C.I

Esta prueba adicional se aporta para demostrar una vez más la situación financiera y jurídica que se le presento a la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A**, (en reorganización), sociedad que es accionista del 70% en el capital de la concesionaria **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A**, y además "se encarga de hacer la totalidad de los pagos que tiene que hacer **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A**".

PETICION SUBSIDIARIA: La presente prueba se constituye en una prueba más por la cual presentamos la petición subsidiaria de terminación del contrato por la causal contemplada en la cláusula 30, literal h del contrato de concesión, incapacidad financiera del concesionario,.

- d) **PRUEBA DE INSPECCION JUDICIAL:** Solicito respetuosamente se decrete inspección judicial sobre la zona o sitio en la cual se encuentran ubicados los inmuebles que fueron embargados y que constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario, inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria: 060-36179, 060-183956, 060-183955, 060-38956, 060-5967.

Esta inspección ocular tiene como objeto demostrar como la concesión de la zona de uso público, no es posible desarrollarla sin poder tener actos de disposición de dominio sobre los mencionados inmuebles, dado que estos inmuebles se encuentran ubicados entre la zona de uso público concesionada y las vías públicas o carreteras que conectan la zona industrial de la ciudad de Cartagena con el País."

Respecto del literal a) es menester del Despacho señalar que dentro del presente acto administrativo en su título "**IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS RECURSOS INTERPUESTOS**", se resuelven los recursos presentados y sustentados tanto por el Apoderado de la Sociedad Portuaria como por el Apoderado de la Garante.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

En lo que atiende al literal b) sobre la revocatoria por parte de la ANI del perjuicio decretado por el no fondeo contractual de la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, decretado en la resolución que se recurre, el Despacho se pronuncia en este acto administrativo en el capítulo **“4.1.5. Del incumplimiento por la ANI de la Cláusula 28 del Contrato de Concesión; Contrato No Cumplido o incumplimiento Contractual por ambas partes”**.

De la solicitud del literal c), el Despacho reitera lo ya expuesto en el acto que se recurre, esto es, que sobre el particular es necesario indicar que, sin perjuicio de cómo se organice el flujo de dineros al interior de la Sociedad concesionaria, las obligaciones que deben verificarse por parte de la misma de cara a la ANI son de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y no de BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización), por lo que no hay acreencia alguna de la ANI a ser cobrada a la sociedad en reorganización y el hecho de que se afirme que la sociedad en reorganización se hace cargo de pagos de la Sociedad concesionaria no convierte a BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) en deudora de la ANI, puesto que son dos personas jurídicas distintas. En tal sentido, no es una prueba pertinente para la actuación, el Certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de comercio de Cartagena, de la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S C.I., y por ello no se incorporará a la actuación.

En todo caso, en este acto administrativo que resuelve los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución ANI No. 20227070004345 de 31 de marzo de 2022, este argumento se resuelve de manera integral en el capítulo **“4.1.2. De la solicitud de Terminación Unilateral del Contrato de Concesión por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura”**.

En lo que respecta al literal d) es menester recordar que el Despacho ya se pronunció sobre esta solicitud, que el concesionario hiciera desde la sustentación del recurso, señalando mediante Auto No. 20227070001406 de 21 de junio de 2022, lo siguiente:

“Inspección Judicial solicitada por el Apoderado de la Sociedad Portuaria.

Frente a la solicitud de una inspección judicial a los predios respecto de los cuales el Concesionario señala ha tenido inconvenientes, para este Despacho es claro que no es una prueba útil, y por ende no se ordenará su decreto, conforme a las razones que se pasan a exponer.

En primer lugar, la solicitud no es clara, en tanto el apoderado del Concesionario, al sustentar el recurso de reposición, únicamente señaló que la misma tendría por objeto una inspección judicial respecto de los predios (inmuebles de la Concesión) en los cuales se han tenido inconvenientes, pero sin precisar cuál sería el objeto de la prueba.

Pero adicional a ello, no se cumple con uno de los requisitos específicos para este tipo de pruebas, según lo señala el CGP.

En efecto, el artículo 236 del Código General del Proceso, al referirse a la procedencia de la Inspección Judicial, señala lo siguiente:

“Salvo disposición en contrario, solo se ordenará la inspección cuando sea imposible verificar los hechos por medio de videgrabación, fotografías u otros documentos, o mediante dictamen pericial, o por cualquier otro medio de prueba.”

En el presente caso, el apoderado del Concesionario aportó unas pruebas documentales, Certificados de libertad y tradición de los inmuebles identificados con los folios de matrículas inmobiliarias: 060-36179, 060-183956, 060-183955, 060-38956, 060-59671, los cuales constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario y sobre los cuales se encuentran vigentes medidas cautelares, las cuales ya el Despacho advirtió que serán incorporadas a la actuación, y en tanto se trata de pruebas documentales con las que se puede evidenciar la respectiva inscripción de la medida cautelar en los predios respecto de los cuales se solicita realizar una inspección judicial para verificar los inconvenientes que ha tenido el Concesionario, y siendo el único motivo de inconveniencia respecto de los predios, que señala el recurrente, la referida medida cautelar, para el Despacho resulta claro que no se cumple con el requisito referido en la disposición trascrita, en tanto existen otros medios de prueba con los que se puede evidenciar lo que se pretende probar con la inspección judicial.

Por lo anterior, no siendo clara la necesidad de la Inspección Judicial solicitada, aunado a que los hechos que se pretenden probar con la inspección judicial, pueden evidenciarse con los



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Certificados de libertad y tradición de los inmuebles identificados con los folios de matrículas inmobiliarias: 060-36179, 060-183956, 060-183955, 060-38956, 060-59671, el Despacho, en aplicación a lo previsto en el artículo 236 del CGP, rechazará por inútil e innecesaria la Inspección solicitada por el apoderado del Concesionario, toda vez que la verificación a los predios de los cuales la Sociedad Portuaria señala tener inconvenientes, pueden acreditarse a través de otros medios de prueba, como serían en este caso, las documentales indicadas.

Por lo tanto, al no existir utilidad de la prueba, el Despacho no la decretará.”

Aclarando que en esta ocasión el Despacho se ratifica en todo lo señalado en dicha oportunidad, y advirtiendo que en el citado auto se dispuso que contra la anterior decisión no procedía recurso alguno, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 40 y 75 de la Ley 1437 de 2011, resulta claro que no es posible acceder a la solicitud de decretar la inspección judicial que ya fue negada en el referido Auto.

Hechas así las anteriores precisiones, y no existiendo irregularidades que corregir en la actuación, pasa el Despacho a resolver los recursos de reposición que fueran interpuestos contra la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022.

IV. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS RECURSOS INTERPUESTOS.

Para resolver los argumentos del Concesionario y la Aseguradora, se analizarán por temáticas conforme fueron planteados.

4.1. De la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A.

4.1.1. De los Fundamentos de la Resolución para la declaración de incumplimiento de la Sociedad Portuaria y la declaración de Caducidad.

Frente a lo aquí argumentado por el Recurrente, este Despacho debe precisar que no le asiste razón cuando afirma que refuta lo argumentado en la Resolución que recurre, porque según éste la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. no se encuentra incurso en los actos de corrupción que originaron y fundamentaron la creación del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, e indica igualmente que no existe ningún acto de corrupción que se le pueda imputar.

Para abordar este argumento, de entrada, el Despacho debe señalar que no le asiste razón al apoderado, en tanto ésta Agencia nunca ha hablado de temas de corrupción en la presente actuación, y ello no guarda relación con la decisión de declarar la caducidad del contrato, como se hiciera en el acto recurrido.

Sobre el particular el Despacho debe advertir que lo aquí afirmado por el Concesionario no se ajusta a la realidad en la medida que, como lo expone al respecto la jurisprudencia Constitucional⁴ el “*principio de consonancia entre el título de la ley y su contenido (C.P., art. 169), se trata de analizar la coherencia entre el tema global objeto de regulación y el título escogido para ella por el legislador, a fin de garantizar que haya “unidad” o “correspondencia” pero ya no entre las disposiciones que hacen parte de un mismo cuerpo normativo, sino entre éste tomado en conjunto y su título*”.

Asimismo, la Corte Constitucional plantea que “*el título no está llamado a “dar noticia de todas y cada una de las disposiciones que integran la ley, pues esto se tornaría en algo imposible de cumplir, ya que ello depende de la extensión del ordenamiento respectivo, como de la variedad de temas que allí se consagren. Basta simplemente que en el título se señalen los asuntos o temas generales que se pretende regular y es por ello que el legislador acostumbra a incluir la frase ‘y se dictan otras disposiciones’ (...)*”⁵

Si bien es cierto que el título de la norma, Ley 1474 de 2011, establece “*Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos*

⁴ Corte Constitucional, Sentencia de Constitucionalidad 821 de 04 de octubre de 2006, Expediente D-6227, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁵ Sentencia C-026 de 1993. Esta providencia tuvo lugar con ocasión de la demanda del artículo 38 de la Ley 9ª de 1989. Los cargos estaban relacionados con el presunto desconocimiento por dicha disposición de los artículos 158 y 169 superiores, pues la misma hacía referencia al comodato, mientras que el título de la ley no hacía alusión alguna a dicho tema. Con todo, la Corte declaró exequible el precepto acusado al estimar que no es dable exigir al legislador mencionar dentro del título de la ley todas y cada una de las disposiciones incluidas en la misma.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”, en relación con el artículo 86, y sin llegar al rigorismo exegético, debe permitirse la identificación del artículo en relación con sus temas y finalidad dentro de su extenso articulado.

En lo que respecta a la confección del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el objetivo del legislador no fue otro que dotar a la Administración de un procedimiento ágil, expedito, dirigido a conminar al Concesionario al cumplimiento de las obligaciones contractuales y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. Así se evidencia en los antecedentes legislativos de la Ley 1474 de 2011⁶ cuando se expresa: “El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para premiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. **Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento**”. (Negrita del Despacho)

Sobre el particular es preciso traer a colación lo pactado en la Cláusula 23 “Multas” del Contrato de Concesión 001 de 2016, de manera particular lo señalado en el parágrafo cuarto, así:

“PARÁGRAFO CUARTO: PROCEDIMIENTO PARA IMPOSICIÓN DE MULTAS: La imposición de multas se llevará a cabo respetando el debido proceso, según lo dispuesto en las normas aplicables, en particular lo establecido en el artículo 29 de la Constitución Nacional, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas posteriores que las aclaren, adicionen, complementen, modifiquen, reglamenten o deroguen”

De igual forma, la Cláusula 31 “Caducidad” del Contrato de Concesión 001 de 2016, establece que “El **CONCEDENTE** podrá declarar la caducidad de la concesión portuaria, previo proceso sancionatorio, donde se respete el debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o la norma que las modifique o adicione (...)”

Aunado a lo anterior, precisamente el fundamento principal de la Resolución que se recurre es el incumplimiento de unas obligaciones las cuales se pactaron contractualmente entre la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y la Agencia Nacional de Infraestructura, obligaciones que se materializaron con la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016. Además, dentro de la argumentación planteada en la Resolución recurrida no existe prueba alguna que la misma se hubiese fundamentado o tratado temas de corrupción por parte de la Sociedad Portuaria.

Por las razones expuestas no prospera el argumento del Concesionario toda vez que, la decisión se tomó con base en lo pactado contractualmente como consecuencia de la acreditación del incumplimiento de diferentes obligaciones, todo dentro de un trámite sancionatorio adelantado bajo el principio del debido proceso, y dicha decisión no está relacionada con actos de corrupción, y tampoco tenía que estarlo, en tanto la decisión se basa en los Incumplimientos graves al Contrato, en que incurrió el concesionario.

4.1.2. De la solicitud de Terminación Unilateral del Contrato de Concesión por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura.

En el argumento analizado el Recurrente manifiesta que el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la administración a dar por terminado unilateralmente el contrato estatal mediante acto administrativo debidamente motivado, y por razones que sobrevengan durante la ejecución de este, en la medida en que el servicio público lo requiera o el orden público lo imponga o por causas atinentes al contratista, que dificulten su ejecución.

Basado en lo anterior, el Apoderado de la Sociedad Portuaria solicita la terminación unilateral del Contrato de Concesión por parte de la ANI, invocando como causal principal lo pactado en la cláusula 30, literal c), esto es, por mutuo acuerdo.

⁶ Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 142 de 2010, Senado. Gaceta del Congreso 784 del 19 de octubre de 2010.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Asimismo, el Apoderado señala que teniendo en cuenta la situación financiera y jurídica que presenta la Sociedad Portuaria, subsidiariamente solicita la terminación del Contrato por la causal contemplada en la cláusula 30, literal h), incapacidad financiera del Concesionario.

Sea lo primero decantar que, lo aquí afirmado por el Concesionario no se ajusta a la realidad en la medida que, en la Resolución ANI No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, en su artículo sexto, se resolvió “Dar por terminado el vínculo contractual entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.**, sin indemnización para el contratista, y por ende ordenar la liquidación del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, en el estado que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 217 del Decreto Ley 019 de 2012-“.

Sobre este aspecto el Despacho precisa que la orden de terminar el vínculo contractual, se origina como una consecuencia precisamente de la declaratoria de Caducidad, siendo uno de los efectos consagrados en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, que igualmente determina que no habrá lugar a indemnización para el Concesionario, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en la norma.

Resulta necesario entonces precisar que la situación acaecida en el presente caso, en el cual, los graves incumplimientos del concesionario han dado lugar a la declaratoria de caducidad del contrato, es muy distinta de la situación que debe tener lugar para que sea procedente la solicitud realizada por el Apoderado de la Sociedad Portuaria, esto es, la terminación por mutuo acuerdo o por incapacidad financiera del concesionario.

Si bien el Despacho pasará a exponer las razones por las cuales, ninguna de las situaciones que darían lugar a esas causales invocadas por el apoderado del concesionario para la terminación anticipada del contrato, se presenta respecto del Concesionario BULLPESA S.A., en todo caso resalta que es un deber de la Administración, cuando quiera que su contratista incurre en incumplimientos graves del contrato, que amenazan la parálisis del servicio público contratado, proceder a la declaratoria de caducidad del contrato estatal, y dicho deber no es posible reemplazarlo por las causales de terminación que invoca el recurrente.

El artículo 14 de la Ley 80 de 1993, al atribuir al Estado “la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”, en pro de evitar la paralización o la afectación grave de la prestación de los servicios públicos a su cargo y asegurar su inmediata, continua y adecuada prestación, habilita de forma expresa a la administración, en virtud de lo dispuesto en el numeral 2° del artículo en cita, para fijar “cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra”.

Ahora bien, el artículo 17 de la Ley 80 de 1993, respecto de la Terminación Unilateral, ha dispuesto:

“ARTÍCULO 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

1. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
2. Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
3. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
4. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.”

Se ha decantado por la jurisprudencia que deben existir unos presupuestos para que se pueda declarar la terminación unilateral, entendida ésta como una facultad solo prevista para la Entidad Estatal, a saber: “i) que la manifestación de la voluntad de la administración se materialice en un acto administrativo, ii) que dicho acto debe ser el resultado de un análisis soportado en la realidad del contrato, es decir, debe estar debidamente motivado y iii) que la causal que se alegue en la decisión se encuentre enmarcada en los eventos que la ley ha dispuesto.”⁷

En este escenario frente a la solicitud de terminación unilateral, solicitud principal y subsidiaria por parte del Apoderado de la Concesionaria Portuaria, es importante recordar que en la cláusula 30 “Terminación del Contrato” del Contrato de Concesión 001 de 2016, en sus literales c) y h), se pactó:

“CLÁUSULA 30 TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El presente contrato se dará por terminado por la ocurrencia de cualquiera de los siguientes eventos:

(...)

*c) Por mutuo acuerdo de las partes, en todos los casos en que tal determinación no implique renuncia a derechos causados o adquiridos en favor del **CONCEDENTE**, o quien haga sus veces y el **CONCESIONARIO** se encuentre a paz y salvo por todo concepto en relación con las obligaciones adquiridas mediante el presente contrato, con el **CONCEDENTE**, el INVIAS, la Superintendencia de Puertos y Transporte, DIMAR y el municipio de Cartagena de Indias.*

(...)

*h) Por incapacidad financiera del **CONCESIONARIO** que se presume cuando se retrase en el pago de salarios, prestaciones sociales al personal sujeto a la legislación colombiana que emplee en las Obras, y el conflicto llegue a conocimiento de la inspección o juzgado laboral correspondiente, o sea embargado judicialmente, y dicha situación amenace la adecuada ejecución del Contrato.”*

Aclarando que no es este el escenario para solicitar una terminación unilateral del Contrato por los literales c) y h) de la Cláusula 30 del pacto contractual, teniendo en cuenta que para ello el competente para resolver dichas solicitudes es la supervisión del Contrato, la cual se encuentra en cabeza de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura, de conformidad con lo dispuesto en el artículo tercero de la Resolución No. 20221000007275 de 3 de junio de 2022, en todo caso, en gracia de discusión, se debe señalar que no se dan los presupuestos, por cuanto, en el literal c) la Concesión Portuaria se obligó a encontrarse a paz y salvo por todo concepto en relación con las obligaciones adquiridas mediante el presente Contrato con la ANI, y precisamente el trámite sancionatorio que se adelanta por parte de este Despacho fue por el incumplimiento del (i) Plan de Inversión, (ii) Operación del puerto, (iii) No contar con el RCTO, (iv) Pago de la Contraprestación y (v) No Fondeo Subcuenta Interventoría, incumplimientos que dieron como consecuencia la declaratoria de la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 y la imposición de los perjuicios que de ello se derivaron.

En lo que respecta al literal h) dentro del acervo probatorio del procedimiento sancionatorio, no reposa prueba alguna por el retraso en el pago de salarios, prestaciones sociales al personal, como tampoco una queja o demanda laboral o embargo judicial como consecuencia de esos asuntos laborales.

Por otro lado, si bien existe un proceso de reorganización de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S.-C.I. ante la Superintendencia de Sociedades por sometimiento a la Ley 1116 de 2006, Régimen de Insolvencia Empresarial, por encontrarse en cesación de pagos, dentro los presupuestos para la terminación unilateral, la causal que se alega, no se encuentra enmarcada en lo que la ley ha dispuesto, situación que se advierte en el inciso 3° del artículo 17 de la Ley 80 de 1993 el cual

⁷ Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 6 de abril de 2011, Expediente 19483.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

dispone que “La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral”. Además, dicho trámite se entiende del contratista, no de uno de sus socios.

Sobre este punto, el Apoderado de la Sociedad Portuaria resalta la ausencia de fundamento de esta Entidad al considerar que no afecta a la SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A, que la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) es accionista del 70% en el capital de la concesionaria SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A, y además “se encarga de hacer la totalidad de los pagos que tiene que hacer SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.”, y dicha Sociedad se encuentra en trámite de reorganización empresarial.

De lo anterior, el Despacho reitera lo expuesto en la Resolución que se recurre, esto es, que sobre el particular es necesario indicar que, sin perjuicio de cómo se organice el flujo de dineros al interior de la Sociedad concesionaria, las obligaciones que deben verificarse por parte de la misma de cara a la ANI son de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. y no de BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización), por lo que no hay acreencia alguna de la ANI a ser cobrada a la sociedad en reorganización, y el hecho de que se afirme que la sociedad en reorganización se hace cargo de los pagos de la Sociedad concesionaria, no convierte a BULL PETROLEUM S.A.S. CI (en reorganización) en deudora de la ANI o de ningún otro acreedor de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., puesto que son dos personas jurídicas distintas.

El Apoderado de la Concesión Portuaria también expone que, la sociedad BULL PETROLEUM S.A.S. CI al encontrarse en proceso de reorganización genera la incapacidad financiera del Concesionario que da lugar a la solicitud de terminación del Contrato por la causal contemplada en la cláusula 30, literal h) del Contrato de Concesión. Sobre este punto, como ya se advirtió en líneas anteriores, este no es el escenario para plantear ese tipo de peticiones; además, respecto del literal h) se debe reiterar que este hace alusión al retraso de pagos de salarios y prestaciones sociales al personal que se emplee en las obras y que, como consecuencia de ese retraso el conflicto llegue a conocimiento de la inspección o juzgado laboral o que el Concesionario sea embargado judicialmente por esos temas laborales, y dentro del acervo probatorio del procedimiento sancionatorio, no reposa prueba alguna por el retraso en el pago de salarios, prestaciones sociales al personal, como tampoco una queja o demanda laboral o embargo judicial al Concesionario como consecuencia de esos asuntos laborales.

Igualmente, en cuanto a que la señalada cláusula establece como evento para la terminación del Contrato, la incapacidad financiera de la Sociedad Portuaria que se presume cuando sea embargado judicialmente y dicha situación amenace la adecuada ejecución del contrato, se insiste que para el Despacho, de conformidad con los términos contractuales, esa incapacidad financiera se da por el no pago de prestaciones sociales y salarios, y que el embargo judicial no es general, sino específico y guarda relación con los temas laborales.

En lo que concierne a los certificados de tradición de los inmuebles identificados con los folios de matrícula inmobiliaria: 060-59671, 060-36179, 060-183956, 060-183955 y 060-38956, que fueron aportados con el recurso, el Despacho evidencia que las medidas cautelares de las que son objeto los mismos, son consecuencia del proceso de reorganización de la Sociedad Bull Petroleum S.A.S.- C.I. ante la Superintendencia de Sociedades por el sometimiento a la Ley 1116 de 2006, Régimen de Insolvencia Empresarial y no por temas netamente laborales.

Siendo entonces claro que no se dan los presupuestos para que fuese procedente dar aplicación a las causales de terminación que invoca el recurrente, aunado a que la Administración tiene la obligación, cuando quiera que se presente incumplimientos graves que amenazan la parálisis del servicio contratado, de proceder a declarar la caducidad del contrato, como ocurre en el presente caso, se colige que el argumento analizado no prospera.

4.1.3. De la proporcionalidad de la sanción impuesta en la Resolución.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria indica que la Agencia Nacional de Infraestructura señaló en el acto que recurre que: “con la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, la administración pública pretendía el cumplimiento de los fines estatales, entre ellos, generar una eficiente prestación del servicio público en garantía del interés general, con el objeto de autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de unos bienes de uso público para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal portuario de uso público, para el cargue y descargue de líquidos a granel (hidrocarburos) por un plazo de 18 años, a



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

cambio de una contraprestación pactada en el mismo Contrato de Concesión.”. Frente a dicha afirmación señala que la misma no es más que una mera hipótesis.

Frente a este argumento, es preciso reiterar por parte del Despacho lo expuesto en el acto que se recurre, en lo que se refiere a que desde el clausulado contractual se encuentra la Cláusula 31, que señala que *“El **CONCEDENTE** podrá declarar la caducidad de la concesión portuaria, previo proceso sancionatorio, donde se respete el debido proceso establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o la norma que las modifique o adicione, cuando: En forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el **CONCESIONARIO** está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público, de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 1 de 1991, y; 1. El artículo 18 de la Ley 80 de 1993 (...)”*

Bajo este entendido, se desarrolla el numeral “4.5.1. DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO COMO GARANTÍA DEL INTERÉS GENERAL” de la Resolución recurrida, en el que se plantea que el interés general presenta especial relevancia para el cumplimiento de los fines estatales, y es a través del cumplimiento del Contrato que se protege dicho principio constitucional, el cual está acompañado de la garantía de los principios administrativos de la continuidad y eficiencia de los servicios públicos, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, y además también se explica lo siguiente:

“En materia portuaria, la Ley 1 de 1991 por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos, en su artículo 1° considera de interés público la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, independientemente si éste se presta a través de puertos de servicio público o privado.

Tal es el carácter público de la prestación del servicio portuario que la misma Ley 1 de 1991 establece como facultad de la otrora Superintendencia General de Puertos la de asumir directamente, o por medio de personas especialmente designadas o contratadas para ello, y en forma temporal, la prestación de los servicios propios de una sociedad portuaria, y que la prestación continua de tales servicios sea necesaria para preservar el orden público o el orden económico, o para preservar el normal desarrollo del comercio exterior colombiano, o para evitar perjuicios indebidos a terceros. (...)”

De lo que antecede se evidencia que es precisamente bajo el amparo del Contrato Estatal que, la Sociedad Portuaria asume unas obligaciones, situación que se ve reflejada en la cláusula primera del acuerdo contractual, la cual señala: *“el objeto del presente contrato es el otorgamiento al **CONCESIONARIO** por parte del **CONCEDENTE**, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la **CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS** para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del **CONCEDENTE**, en los términos descritos en la **CLÁUSULA 13 – VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN** de este Contrato”.*

Ahora bien, a partir de lo preceptuado en la Ley 1 de 1991 y de cara a la existencia de los diferentes incumplimientos del concesionario, que se encuentran acreditados en el expediente, se puede concluir que en el presente caso sí existió una afectación al interés general en tanto el puerto que se esperaba empezará a operar en el área concesionada, nunca entró en operación, no se hicieron las inversiones que debían hacerse en el mismo, no se pagó la contraprestación portuaria, en fin, resulta evidente la afectación al interés general, lo que motivó la declaratoria de caducidad del contrato.

De lo anterior el Despacho concluye que la afirmación que reprocha el recurrente es una afirmación acorde con lo que se demostró en la actuación, y, por ende, no resulta de recibo el argumento.

Así mismo, para el Apoderado del Concesionario no está probado lo afirmado por la Agencia Nacional de Infraestructura en el sentido que: *“ante el presunto y reiterado incumplimiento de las obligaciones consagradas en dicho Contrato de Concesión, se ha visto paralizada la prestación del servicio, generando en consecuencia una subutilización de un recurso físico”,* teniendo en cuenta que este se encuentra intacto, jamás fue utilizado ni subutilizado, como se puede apreciar en el registro fotográfico soporte de la Resolución.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Aunado a lo ya expuesto, el Despacho precisa que la subutilización del recurso físico a la que se hace referencia se da precisamente por la falta de construcción, operación, mantenimiento y administración del terminal marítimo, que se esperaba a cambio de una contraprestación económica, para la ejecución de la actividad portuaria, sin embargo, dado los incumplimientos del Concesionario esto nunca se dio y eso es lo que justamente da lugar a la mentada subutilización.

Igualmente, el Concesionario refuta la afirmación contenida en la Resolución objeto de recurso, sobre que el recurso concesionado es *“tan escaso para la Nación”*, considerando que Colombia tiene dos mares, 300 playas y 2900 kilómetros de costas, y *“que tenía la virtualidad de ser explotado económicamente a cambio de un beneficio monetario que recibiría el Estado, generando en consecuencia, una afectación del interés general como principio rector de la contratación administrativa”*, por considerar que ello no es más que una hipótesis que no puede constituirse en prueba para decretar una sanción de caducidad en contra de su Representada.

Como ya se expuso, para el Despacho lo contenido en el numeral **“4.5.1. DE LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO COMO GARANTÍA DEL INTERÉS GENERAL”** de la Resolución recurrida plantea que el interés general presenta especial relevancia para el cumplimiento de los fines estatales, y es a través del cumplimiento del Contrato que se protege dicho principio constitucional.

Además, el Despacho advierte que con independencia de la existencia de otros lugares en Colombia para la explotación portuaria, se tiene probado que como consecuencia de los incumplimientos que fueron analizados y declarados en la actuación, se evidencia la existencia de la afectación del interés general por la falta de desarrollo de la actividad portuaria en el terreno que fue entregado en concesión a BULLPESA S.A. Aunado a ello, no puede perderse de vista que, independiente de si el apoderado del concesionario considera que en Colombia el recurso físico para los puertos es abundante, en todo caso es limitado, y por ello, no puede el Estado colombiano permitir que se subutilicen esos recursos.

En conclusión, lo estipulado en la Cláusula 31 del Contrato, sobre la Caducidad, se cumple de manera fehaciente en el presente caso, toda vez que el incumplimiento de las obligaciones contraídas por parte de la Sociedad Portuaria es de tal magnitud, que se perjudica el interés público, situación que llevó al Despacho a abordar en la Resolución recurrida la prestación del servicio como garantía del interés general.

A su vez, se reitera que lo que se debatió en el presente trámite sancionatorio fueron los incumplimientos de: (i) No cumplimiento al Plan de Inversión, (ii) No Operación del puerto, (iii) No contar con el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO, (iv) No pago de la Contraprestación y (v) No Fondeo Subcuenta Interventoría, los cuales, con el acervo probatorio recaudado, se encuentran demostrados, llevando al Despacho a declarar el incumplimiento de esas obligaciones y como consecuencia, la Caducidad del Contrato de Concesión Portuaria.

De cara a lo alegado por el Concesionario, respecto a la no procedencia de la cuantificación de los perjuicios, porque según éste, no se encuentra estipulado contractualmente en la Cláusula 30 que señala que *“la caducidad de la concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada a través de la que se dará por terminado el Contrato y se ordenara su liquidación, incluyendo las decisiones de hacer efectivas las multas y la cláusula penal pecuniaria (...)”*, el Despacho entiende que el Apoderado del Concesionario quiso hacer referencia a la Cláusula 31 “Caducidad” que es la que determina lo mencionado por él.

En este aspecto, sea del caso recordar que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 establece que *“las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...)”*.

La anterior norma establece las diferentes decisiones que pueden adoptar las entidades ante los incumplimientos de sus contratistas que, pese a lo redundante, valga mencionar surgen de la posibilidad de declarar el incumplimiento, a lo cual puede sumar: **(i)** cuantificar los perjuicios de ese incumplimiento; **(ii)** imponer las multas que genere ese incumplimiento; **(iii)** imponer otras sanciones pactadas en el contrato; y **(iv)** hacer efectiva la cláusula penal.

Frente a la potestad legal de las Entidades Públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para cuantificar perjuicios, es necesario remitirse a la



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Sentencia C-499 de 2015 de la Corte Constitucional, en la que se analizó la exequibilidad de tal potestad.

Para la Corte Constitucional, la cuantificación de perjuicios tiene la finalidad específica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento, finalidad que no está prohibida por la Constitución, y es legítima. Es así como, con el objeto de materializar la finalidad mencionada, se faculta a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración de este, luego de haberse agotado el procedimiento respectivo.

En palabras de la Corte, la cuantificación de los perjuicios por parte de la entidad estatal es una facultad que se desprende de la declaración unilateral del incumplimiento del contrato, por lo que es una herramienta adecuada para la protección efectiva del interés general, en la medida en que permite a la entidad estatal actuar de manera expedita, pero sometida a un procedimiento reglado que desencadene en una decisión fundamentada.

Señala la Sentencia C-499 de 2015:

“5.5.2. En el primer inciso de este artículo se faculta a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, valga decir, a las entidades estatales, según aparecen definidas en el numeral 1 del artículo 2 de la Ley 80 de 1993, para (i) declarar el incumplimiento del contrato, (ii) cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento, (iii) imponer las multas y las sanciones pactadas, y (iv) hacer efectiva la cláusula penal. De las antedichas facultades, la demanda cuestiona la segunda, a la que analiza de manera independiente a las restantes. Una interpretación no sistemática de este inciso conduce a la conclusión en la que se funda el cargo, valga decir, a que la expresión demandada da por sentada la existencia de perjuicios y la responsabilidad del contratista frente a ellos.

*5.5.3. Para poder comprender el sentido del anterior inciso, es necesario hacer una interpretación sistemática de todo el contenido del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. En efecto, para cuantificar los perjuicios, en el contexto de la responsabilidad contractual, como ocurre en este caso, es necesario considerar al menos dos circunstancias previas: la existencia o no del incumplimiento del contrato y, en caso de haber incumplimiento, si éste ha generado o no perjuicios. Por ello, no es casual que lo primero sea determinar lo que concierne al incumplimiento, que debe ser declarado por la entidad estatal por medio de resolución motivada, conforme al procedimiento previsto en los literales a), b), c) y d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
(...)*

5.5.8. Por último, dado que la resolución motivada en comento debe fundarse en hechos verificados por medio de pruebas, no en suposiciones y perjuicios de la entidad estatal, lo que significa que tanto la existencia de perjuicios derivados del incumplimiento del contrato como la responsabilidad del contratista en ellos debe estar probada, en el escenario de la audiencia, la actuación administrativa en la que se soporta la cuantificación de perjuicios respeta el debido proceso. (...)

De lo anterior, se resalta que, en el escenario de la responsabilidad contractual, la cuantificación de perjuicios está supeditada a la ocurrencia necesaria del incumplimiento del contrato y, la consecuente generación de perjuicios.

A tenor de lo anterior, el Código Civil establece en el inciso 1 del artículo 27 la interpretación gramatical “Cuando el sentido de la ley sea claro, no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu”. Sobre el particular, el profesor Jaime Giraldo Ángel⁸ indica el método de interpretación semántico gramatical, consistente en el análisis del significado de las palabras que contienen las normas que han sido utilizadas por el legislador para consignar su voluntad, y que tiene como pilares o principios, el primero de ellos que toda palabra tiene un valor exacto, el segundo, que las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio.

Es así como, leído el texto de la Cláusula 24 del Contrato de Concesión, “Cláusula Penal Pecuniaria”, que establece que “En el evento que el **CONCEDENTE** declare la caducidad o el incumplimiento del presente contrato, el **CONCESIONARIO**, deberá pagar al **CONCEDENTE**, la

⁸ “Metodología y Técnica de la Investigación Jurídica”, Jaime Giraldo Ángel, Segunda Edición. Bogotá, Editorial TEMIS.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

suma equivalente al DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total de la contraprestación, o proporcionalmente por incumplimiento parcial, como sanción pecuniaria. El valor pagado por el **CONCESIONARIO**, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a esta entidad, sin perjuicios de las acciones judiciales que adelante el **CONCEDENTE**.”, el Despacho considera que el sintagma “El valor pagado por el **CONCESIONARIO**, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a esta entidad” ostenta un valor exacto y puede entenderse en su sentido natural y obvio, que el detrimento patrimonial debe ser indemnizado por quien lo causa, y dicho texto contractual habilita a la Agencia Nacional de Infraestructura, teniendo en cuenta que la Cláusula Penal es una tasación anticipada más no definitiva de los perjuicios causados a la Entidad, de tasar el valor de aquellos perjuicios que se derivan del incumplimiento de las obligaciones de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. al Contrato de Concesión Portuaria, cuando el valor de la cláusula penal es inferior a la de los perjuicios causados.

En esta línea, en lo que concierne a la Cláusula Penal y la tasación de perjuicios, es preciso traer a colación lo señalado en el artículo 1600 del Código Civil, el cual señala que “No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”. Basado en lo anterior, el Despacho advirtió que como los perjuicios excedían en valor a la Cláusula Penal, esta no se haría efectiva y en su lugar se acudiría a la imposición de perjuicios.

En este contexto, el Despacho, honrando el debido proceso, desde la citación señaló que, si se llegase a declarar el presunto incumplimiento este se fundaría en hechos verificados por medio del acervo probatorio -ya acreditado según lo expuesto en la decisión que se recurre-, y que, si hubiese perjuicios, se deberían cuantificar, y el Despacho hizo lo propio señalando en la citación Capítulo VI “**CLÁUSULA PENAL Y/O TASACIÓN DE PERJUICIOS**”, los perjuicios que se podrían reconocer, los cuales fueron acreditados y sustentados por el Despacho a través del acto que se recurre, conforme al procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Por lo anterior, no es de recibo lo argumentado por el Apoderado de la Sociedad Portuaria, pues, como se evidenció, la tasación de perjuicios sí se encuentra pactada contractualmente, y además esta Entidad está habilitada legalmente (artículo 86 de la Ley 1474 de 2011) para su cuantificación.

En lo que tiene que ver con un supuesto enriquecimiento sin justa causa por parte de la Agencia, debe señalarse que la imposición de los perjuicios derivados de los Incumplimientos en que incurrió el concesionario, no se puede considerar como un enriquecimiento sin justa causa de la Entidad Estatal, toda vez que no se dan los presupuestos de dicha figura, cuales son: i) enriquecimiento de un patrimonio, ii) empobrecimiento de otro y iii) un origen común entre los dos⁹, situación que no se ve reflejada dentro de este procedimiento administrativo sancionatorio, en el que la imposición de los perjuicios no es nada distinto que aplicar una consecuencia directa de los incumplimientos del concesionario, que generaron daños patrimoniales a la Nación.

Por otra parte, aseveró el apoderado del Concesionario que la imposición de los perjuicios podría ser visto como una expropiación, respecto de lo cual se recuerda al apoderado que lo que se ventiló en el trámite sancionatorio fue el incumplimiento de unas obligaciones contractuales cuya gravedad generó la declaratoria de la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria y la imposición de unos perjuicios, consecuencia de esa caducidad, que fueron adecuadamente tasados y demostrados, lo cual, de ninguna forma constituye o se asemeja a una expropiación.

Respecto a lo que ha señalado el Consejo de Estado sobre la cláusula de Reversión del Contrato de Concesión, particularmente que la reversión resulta ser una “contraprestación a cargo del concesionario y en beneficio de la Nación, que tiene por objeto la garantía del interés público, mediante la continuidad del (...) objeto del contrato”¹⁰, y asimismo, que la reversión “no constituye en ningún momento una confiscación, ya que no es una sanción y tampoco una pena, sino una contraprestación en cabeza del concesionario condicionada a supuestos previstos en la ley.”¹¹, se debe advertir que en el acto objeto de recurso no se planteó lo alegado aquí por el Recurrente, en

⁹Benavides, J. L. Enriquecimiento sin causa y Contratos Públicos. Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hincapié. Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 154, t. 1.

¹⁰ CONSEJO DE ESTADO SECCION TERCERA. Sentencia del 7 de junio.2001. Consejero Ponente Alirio Eduardo Hernández Enríquez.

¹¹ Ibídem



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

tanto no se ha hablado de reversión, por cuanto, hasta tanto no se encuentre ejecutoriada la Resolución ANI No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A. por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”, no es posible en sede de la actuación sancionatoria invocar la reversión, para realizar cálculos e intentar acreditar perjuicios, ya que la reversión sería una consecuencia directa de la declaratoria de caducidad o incumplimiento grave. En tal sentido, no es de recibo la afirmación del apoderado del Concesionario.

Por otro lado, frente a las apreciaciones efectuadas por el Apoderado del Concesionario, en cuanto a la proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción interpuesta luce abultadamente desproporcionada teniendo en cuenta la sana lógica de los hechos, toda vez que, si la Sociedad Portuaria tuviera los más de diez millones de dólares por los cuales fue sancionada, con ese dinero estuviera operando el Puerto dado en concesión, este Despacho encuentra que dicha afirmación resulta ambigua toda vez que, el Apoderado no esgrimió ninguna razón fáctica ni jurídica de por qué se considera se debe aplicar la proporcionalidad a la exigibilidad de la tasación de los perjuicios, razón más que suficiente para que este argumento no esté llamado a prosperar.

No obstante, el Despacho debe recordar que, en cuanto a los principios que rigen la potestad sancionatoria de la administración, en sentencia C-595 de 2010, la Corte Constitucional recogió y reconoció los principios de configuración y aplicación del sistema sancionador:

“En la doctrina¹² se postula, así mismo, sin discusión que la administración o las autoridades titulares de funciones administrativas lo sean de potestad sancionadora y que ésta en cuanto manifestación del ius puniendi del Estado está sometida a claros principios generalmente aceptados, y en la mayoría de los casos proclamados de manera explícita en los textos constitucionales. Así, a los principios de configuración del sistema sancionador como los de legalidad (toda sanción debe tener fundamento en la ley), tipicidad (exigencia de descripción específica y precisa por la norma creadora de las infracciones y de las sanciones que puede imponerse por la comisión de cada conducta, así como la correlación entre unas y otras) y de prescripción (los particulares no pueden quedar sujetos de manera indefinida a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios, se suman los propios de aplicación del sistema sancionador, como los de la culpabilidad o responsabilidad según el caso -régimen disciplinario o régimen de sanciones administrativas no disciplinarias- (juicio procesal de reprochabilidad dirigido al auto de un delito o falta¹³), de proporcionalidad o el denominado non bis in ídem.

Así mismo dentro del ámbito sancionador administrativo cabe destacar la aceptación de la interdicción de las sanciones privativas de la libertad, la instauración de la multa como sanción prototípica y la necesaria observancia de un procedimiento legalmente establecido.”¹⁴

Así mismo, la Corte reconoció el listado de principios que el doctrinante Jaime Ossa expone como más trascendentales en el derecho sancionatorio: i) el principio de legalidad, ii) el principio de tipicidad, iii) el debido proceso, iv) el derecho de defensa, v) el derecho a no declarar contra sí mismo, vi) el principio de presunción de inocencia, vii) el principio *in dubio pro reo*, viii) el principio de la prohibición de las sanciones de plano, ix) el principio de contradicción, x) el principio de imparcialidad, xi) el principio de razonabilidad, xii) el principio de la prohibición de la analogía, xiii) el principio *nulla poena-sine lege*, xiv) el principio del *non bis in ídem*, xv) el principio de no retroactividad de la ley, xvi) el principio de favorabilidad, xvii) el principio del caso fortuito o de la fuerza mayor, xviii) el principio *solve et repete*, xix) el principio de prohibición de imponer sanciones privativas de la libertad, xx) el principio prohibitivo de la *reformatio in pejus*, xxi) el principio de culpabilidad, xxii) el principio de la personalidad de las sanciones o dimensión personalísima de la sanción, xxiii) el principio de proporcionalidad, y xxiv) el principio de oportunidad¹⁵.

¹² Juan Alfonso Santamaría Pastor. Principios de Derecho Administrativo. Volumen II. Ed. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid. Tomo II. Segunda Edición. 2000.

¹³ Ver Ramón Parada Vásquez. Derecho Administrativo Tomo I Marcial Pons. Madrid 1996. Luis Morell Ocaña. Curso de Derecho Administrativo. Tomo II 'La actividad de las administraciones públicas. Su control administrativo y jurisdiccional'. Arandazi. Madrid. 1996.

¹⁴ Sentencia SU 1010 de 2008 y T-145 de 1993.

¹⁵ Derecho Administrativo Sancionador. Una aproximación dogmática. Jaime Ossa Arbeláez. Segunda Edición. Legjs 2009, Páginas 187 a 424.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

De igual modo, recogió los ya habituales principios aplicables a la función pública: i) la igualdad, ii) la moralidad, iii) la eficacia, iv) la economía, v) la celeridad, vi) la imparcialidad y vii) la publicidad (artículo 209 superior)¹⁶.

Conforme a lo anterior, se precisa que el Despacho, en esta como en todas sus actuaciones y decisiones, ha tenido en cuenta el principio de proporcionalidad, pues es claro que se trata de un principio rector del derecho administrativo sancionatorio, pero su aplicación al presente caso se da precisamente al analizar los hechos que conducen a la declaratoria de los incumplimientos, a saber: No cumplimiento al Plan de Inversión, No Operación del puerto, No contar con el Reglamento de Condiciones Técnicas de Operación - RCTO, No pago de la Contraprestación y No Fondeo Subcuenta Interventoría.

Es por lo expuesto que, en el presente caso, la aplicación de la proporcionalidad, dada la gravedad de los incumplimientos, y en atención a que la Cláusula 24 Contractual, indica que “(...) *El valor pagado por el CONCESIONARIO, se considerará como pago parcial pero no definitivo de los perjuicios causados a esta entidad (...)*”, no puede darse en desmedro de los perjuicios que esos incumplimientos de obligaciones contractuales le causaron a la Nación.

En efecto, no puede esperar el recurrente que la Nación, tras sufrir unos perjuicios a consecuencia de los graves incumplimientos en que incurrió el concesionario, aplique una proporcionalidad que afecte la reparación integral del daño que esos perjuicios le generaron, reparación integral a la cual tiene derecho la Nación.

Ahora, no significa lo anterior que la proporcionalidad no se aplique, todo lo contrario, tan se aplica, que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 44 del CPACA, el cual establece que *las decisiones de la administración deben ser proporcionales a los hechos que le sirven de causa*, lo proporcional en este caso, en el que el Concesionario, con sus graves incumplimientos contractuales le causó unos perjuicios a la Nación, es que le sean impuestos como sanción, esos perjuicios que generó.

Así se dio a conocer desde el oficio de citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual se remitió al Concesionario y la Garante con el radicado ANI No. 20217070219011 de 21 de julio de 2021, en el que se indicó:

“(...) Adicionalmente y entendiendo que a la luz de la Cláusula 24 del Contrato de Concesión No. 001 de 2016, la Cláusula Penal se encuentra definida como la tasación anticipada más no definitiva de perjuicios causados a la Entidad, resulta procedente y necesario tasar el valor de aquellos perjuicios que se derivan del presunto incumplimiento de varias de las obligaciones de la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A. al Contrato de Concesión Portuaria:

1. **Plan de inversiones:** Cálculo de lo dejado de construir (hasta el momento de la declaratoria de caducidad), para ello se realizaría la evaluación técnica y financiera de lo ejecutado, a la fecha, a fin de determinar según criterio de funcionalidad, su imputación y valor.
2. **No operación:** Estimación del valor del componente variable de la contraprestación que se dejó de percibir por no operación, proyectando capital + intereses (hasta el momento de la declaratoria de caducidad).
3. **Contraprestación:** Estimación del valor adeudado por capital + intereses (hasta el momento de la declaratoria de caducidad).
4. **Fondeo para interventoría:** Cálculo de lo dejado de pagar como contraprestación al haberse incluido en el modelo financiero el costo de la interventoría que finalmente no fue ejecutado para tal finalidad (hasta el momento de la declaratoria de caducidad).

Teniendo en cuenta lo anterior y a partir del cálculo efectuado por la supervisión, los siguientes serían los perjuicios que se causan en desarrollo del contrato de concesión No. 001 de 2016 por el presunto incumplimiento de las siguientes obligaciones: (i) No cumplimiento del Plan de Inversión, (ii) No Operación del puerto, (iii) No pago de la Contraprestación y (iv) No Fondeo Subcuenta Interventoría. Debe advertirse que, en todo caso, dicho cálculo es provisional, en tanto el mismo, de llegar a declararse la caducidad, se actualizará para ese momento.”

Ahora bien, el Apoderado del Concesionario señala que la Agencia Nacional de Infraestructura aplicó una indemnización sin fundamento, dado que como se evidenció en las fotografías contenidas en la Resolución, el espacio concesionado no sufrió afectación alguna al encontrarse

¹⁶ Artículo 3° de la Ley 489 de 1998.



RESOLUCIÓN No. **20227070018095** “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

en el mismo estado en que se solicitó la concesión. Asimismo, expone que el espacio concesionado solo podría ser usado por los disponentes de los inmuebles subyacentes, en atención a que solo beneficiarían a estos inmuebles, por lo que en la práctica podrían ser considerados de uso exclusivo.

El Despacho sobre este punto debe indicar que lo afirmado por el Apoderado del Concesionario, esto es, que el espacio concesionado no sufrió afectación alguna al encontrarse en el mismo estado en que se solicitó la concesión, no es cierto, por cuanto de conformidad con lo pactado, el Concesionario debía ejecutar unas inversiones en el puerto, lo que significa que no debía devolver el puerto en el mismo estado en que lo recibió, sino con unas inversiones ejecutadas, y en tal sentido, resulta claro que sí hay afectación cuando el concesionario no realizó esas inversiones.

Adicionalmente y en lo que tiene que ver con los bienes, es claro que el Concesionario conocía desde antes de suscribir el contrato de concesión, cuáles eran los bienes en los que se iba a desarrollar el proyecto, por lo que ahora no resulta de recibo un argumento tendiente a excusar al concesionario de sus incumplimientos a partir de que supuestamente esos bienes no permiten operar adecuadamente el puerto, o que en la práctica son de uso exclusivo, ya que, se reitera, desde el inicio el Concesionario conocía esos bienes y pese a ello, nunca manifestó que hubiese algún problema para ejecutar el proyecto, en atención a los bienes incluidos en el espacio concesionado.

Por todo lo expuesto, es claro que el argumento no resulta de recibo.

4.1.4. De la errónea motivación de la Resolución en cuanto al presunto incumplimiento en el Fondeo de los Recursos necesarios para la Contratación de la Interventoría del Contrato.

En el planteamiento estudiado el Recurrente manifiesta que la decisión controvertida se fundamenta en el argumento que existe una errónea motivación en cuanto al presunto incumplimiento del fondeo de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría.

Al respecto el Despacho debe indicar que desde el oficio de citación con radicado ANI No. 20217070219011 de 21 de julio de 2021, en el que se expresaron los supuestos fácticos y probatorios de lo que se denominó presunto incumplimiento al Fondeo de los Recursos necesarios para la contratación de la interventoría del Contrato, se reconoció que el Concesionario mediante la comunicación con radicado ANI No. 2018-409-001020-2 del 05 de enero de 2018, allegó el soporte de consignación por valor de COP \$757.744.783 para el fondeo de la contratación de la interventoría de obras e inversión.

Aunado a ello, en la misma citación se precisó que teniendo en cuenta que el fondeo se hizo de manera extemporánea, el Concesionario adeudaba para ese momento un saldo del fondeo junto con sus intereses moratorios que a diciembre 31 de 2020 correspondían a la suma de **\$167.773.534**, de los cuales **\$95.718.848** eran del saldo pendiente por fondear y **\$72.054.686** el valor de los intereses moratorios causados, para cumplir con la totalidad de la obligación pactada en la Cláusula 13 del Contrato en referencia.

Así mismo, en la aludida citación se puso de presente que en virtud de ello, la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante oficio con radicado ANI No. 2018-303-015900-1 del 24 de mayo de 2018, informó dicha situación a la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., con el fin de conminarla en un término perentorio, al cumplimiento de la obligación pactada en los parágrafos segundo y tercero del numeral 13.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, sin obtener respuesta a la fecha.

Lo anterior ha quedado tan claro para la Concesionaria que, en la sustentación del recurso estudiado el Apoderado reconoció que se canceló por el concesionario solo una parte, al señalar que las sumas faltantes señaladas en la Resolución controvertida, no se pudieron cancelar por la incapacidad financiera del Concesionario al ser embargado judicialmente, situación que amenazó la adecuada ejecución del contrato, denotándose así que no ha existido la alegada motivación errónea sino que en el presente caso se ha configurado el incumplimiento mencionado al no haberse pagado la totalidad de los recursos determinados para la contratación de la interventoría y los consecuentes intereses causados por el pago parcial extemporáneo, lo cual hace que el acto impugnado esté ajustado a derecho.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

En suma, el Despacho también reitera lo expuesto en líneas anteriores en cuanto a que la incapacidad financiera de la Sociedad Portuaria que estipula el literal h) de la Cláusula 30 del Pacto Contractual, se da por el no pago de prestaciones sociales y salarios por parte de la Concesionaria, lo cual no ocurre en el presente caso.

Por tanto, no es de recibo para el Despacho el argumento expuesto por el Apoderado.

4.1.5. Del incumplimiento por la ANI de la Cláusula 28 del Contrato de Concesión; Contrato No Cumplido o incumplimiento Contractual por ambas partes.

Frente a lo que arguyó el Apoderado del Puerto, respecto a que se presentó un incumplimiento por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura al no contratar al interventor, siendo su obligación hacerlo de acuerdo con lo contemplado en las cláusulas 21 literal (d) y 28 del Contrato de Concesión, lo que originó la condición prevista en el artículo 1546 del Código Civil, el cual establece que en los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

De contado, este Despacho señala que el referido argumento no resulta ser de recibo, y por tanto no se procederá a declarar la excepción de contrato no cumplido propuesta, en la medida en que como ya se expuso, si bien es cierto que el Concesionario mediante comunicación con radicado ANI No. 2018-409-001020-2 del 05 de enero de 2018, remitió a la ANI un soporte de consignación por valor de COP \$757.744.783 para el fondeo de la contratación de la interventoría de obras e inversión, no es menos cierto que la Sociedad Portuaria no cumplió con la obligación pactada en los parágrafos segundo y tercero del numeral 13.2 de la Cláusula 13 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, esto es, que se debía consignar en el patrimonio autónomo el 7 de junio de 2017, no el 5 de enero de 2018, la suma de COP \$724.879.824.

Toda vez que, como se ha demostrado y evidenciado en el acto que se recurre, el fondeo se hizo de manera extemporánea, es esa la causa que da origen a la no contratación de la Interventoría a la que hacen alusión las cláusulas 21 literal (d) y 28 del Contrato de Concesión, es decir, que fue por el incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria al no haber fondeado en el plazo pactado contractualmente, que tiene como consecuencia que la ANI no pudo contratar dicha interventoría.

Además, en el inciso segundo de la última de las mencionadas cláusulas se pactó que “*Si por cualquier razón, imputable o no al **CONCEDENTE**, el contrato de Interventoría no se hubiere suscrito al vencimiento del plazo de SEIS (6) meses contados a partir de la suscripción del presente Contrato, no será causal de reclamación ni de compensación a favor del **CONCESIONARIO** y, por lo tanto, el **CONCEDENTE** no estará obligado bajo ninguna circunstancia a efectuar algún reconocimiento por estas causas*”, razón por la cual no se ajusta a derecho que se trate de endilgar responsabilidad a la Agencia, por la no contratación de la Interventoría, cuando fue el mismo Concesionario Portuario el que dio lugar a esta situación, luego, el supuesto incumplimiento de la Agencia que dice le impide cumplir con sus obligaciones, no resulta cierto ni determinante para la ejecución de las actividades exigidas.

Así las cosas, no es de recibo el argumento de la excepción de contrato no cumplido expuesto por el Apoderado del Concesionario Portuario.

4.1.6. De la multa injustificada impuesta por parte de la ANI en fecha muy posterior al acontecimiento sobreviniente de la causal contemplada en la Cláusula 30, literal h, del Contrato de Concesión. Incapacidad Financiera del Concesionario.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria sustenta su argumento exponiendo que la Agencia Nacional de Infraestructura, a través de su GIT Sancionatorios, mediante la Resolución No. 1904 de 17 de diciembre 2019 declaró el incumplimiento de la Sociedad de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 12 y en el numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 (Plan de Inversiones), con multa por valor de USD\$193.271, sanción confirmada mediante Resolución No. 237 del 18 de febrero de 2020.

Indica que la anterior multa se materializa en fecha muy posterior a estructurarse la causal contemplada en la cláusula 30, literal (h), incapacidad financiera del Concesionario, del Contrato de Concesión, señalando dos fechas: (i) 3 de octubre de 2017, embargo de uno de los inmuebles que constituyen el terreno adyacente a la zona de uso público asociado al proyecto portuario,



RESOLUCIÓN No. **20227070018095** “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria FMI 060-59671 y (ii) 30 de agosto de 2018, la Superintendencia de Sociedades ejerce supervisión sobre BULL PETROLEUM S.A.S. - C.I. solicitando inicio de proceso de reorganización de la SOCIEDAD BULL PETROLEUM S.A.S - C.I, por encontrarse en cesación de pagos.

Para abordar este argumento, el Despacho debe de entrada señalar su impertinencia, ya que las Resoluciones mencionadas en el argumento fueron proferidas dentro de una actuación diferente, y se encuentran en firme, razón por la cual la multa impuesta a través de ellas no guarda ninguna relación con lo que es objeto de debate en este trámite administrativo, y nada puede sobre las mismas debatirse en la presente actuación.

Por lo expuesto, es claro que el argumento no resulta de recibo.

4.1.7. Del derecho de Igualdad con respecto a los Contratos de Concesión suscritos por los grandes conglomerados del País.

Finalmente, el Apoderado de la Concesión Portuaria presenta esta petición al evidenciar un supuesto trato discriminatorio respecto a decisiones tomadas por la Agencia Nacional de Infraestructura frente a los contratos de concesión suscritos por los grandes conglomerados del País, en las cuales se observan decisiones para no afectar sus patrimonios.

Para abordar este argumento, el Despacho debe advertir que lo aquí afirmado por el Concesionario no se ajusta a la realidad, en la medida que, si la Agencia Nacional de Infraestructura a través de su Grupo Interno de Trabajo de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales y mediante los respectivos Equipo de Coordinación y Seguimiento y de Supervisión de las Vicepresidencias de Gestión Contractual y Ejecutiva, detectan que existe un presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales de cualquiera de los contratos de concesión de los modos de transporte, ya sea Carretero, Aeroportuario, Portuario o Férreo, proceden de conformidad con lo establecido contractualmente, apoyados en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Lo anterior, en cumplimiento del deber de la debida vigilancia y control de los contratos estatales, contenido en los artículos 18 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, lo que no corresponde exclusivamente a una facultad, sino a una obligación en el deber de vigilancia de los contratos estatales, con el objeto de hacer realidad la función pública inmersa en la contratación estatal.

Sobre el particular se recuerda que es deber de la Entidad y de sus servidores públicos, en virtud del principio de responsabilidad de que trata el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, vigilar la correcta ejecución de los contratos y proteger los derechos de la Entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, y haciendo uso de esas facultades, se debe conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones pactadas, lo que no busca cosa distinta que la protección del interés colectivo, erigiéndose como una prerrogativa propia y exclusiva de la administración, que siempre apuntará y tendrá como norte el privilegiar el interés general.

Es por lo anterior que en ningún caso se dan tratos diferenciales o discriminatorios, y, por ende, el argumento analizado no puede resultar de recibo.

4.2. Argumentos de la Garante Seguros del Estado S.A.

La Garante Seguros del Estado S.A. sustentó el respectivo recurso con base en los siguientes argumentos:

4.2.1. De la Imposibilidad de hacer efectiva la garantía por haber operado el fenómeno de la Prescripción.

El Apoderado de la Garante aduce que la Agencia conoció de los hechos de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016 desde el 6 de septiembre de 2018, tal y como quedó consignado en la comunicación No. 2019-707-024162-1, y que en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio, la Administración contaba con dos (2) años a partir del momento en que tuvo conocimiento de los hechos de incumplimiento para proferir los respectivos actos



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

administrativos, e imponer todas y cada una de las sanciones a que diera lugar, por lo cual considera que es claro que la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, fue expedida por fuera del término que la Ley le otorga a la Agencia para declarar la ocurrencia del siniestro, por tanto, no es procedente la afectación del amparo de cumplimiento.

Para el efecto, el Despacho hará referencia a lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, así:

“ARTÍCULO 1081. PRESCRIPCIÓN DE ACCIONES. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.”

Para el Despacho, resulta oportuno recordar que el artículo 1081 del Código de Comercio establece que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro podrá ser ordinaria o extraordinaria. A continuación, define la temporalidad y el momento de partida para contar el término, así: “(...) la prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción (...)”.

Bajo esta premisa es preciso señalar que, frente al contrato de seguro de cumplimiento, especialmente cuando se trata de contratación estatal, no puede perderse de vista que su fin principal es la protección del patrimonio público y de la administración misma, que como asegurada o beneficiaria, se convierte en acreedora frente a un eventual incumplimiento contractual del Concesionario. De allí que la valoración que se haga de las instituciones del contrato de seguro no puede realizarse bajo el rasero común del derecho privado, pues la entidad ejerce de manera muy diferente sus derechos para hacer efectiva la garantía.

La mejor muestra del tratamiento diferenciado que se da al contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales respecto de otros seguros de cumplimiento, es que existe norma especial, que establece que el siniestro en el caso de los contratos estatales, tiene lugar en un momento muy diferente al que se tendría por ocurrido en los demás casos.

Sobre este punto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en Sentencia del 14 de junio del 2019¹⁷ manifestó lo citado a continuación:

“(....) Así, se ha entendido que la inclusión de cláusulas sobre garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración no sólo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también como un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual y proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista.

Los contratos de seguro, entonces, son celebrados para garantizar los riesgos o siniestros derivados del contrato estatal, así como para reparar la totalidad de los perjuicios o los eventuales detrimentos que se produzcan en el patrimonio público con ocasión de la actividad contractual; por consiguiente, constituyen, se insiste, una tipología contractual de naturaleza especial y, como tales, les resultan aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, así como las de derecho público que le sean compatibles. Sobre la naturaleza del contrato de seguro estatal, esta Corporación señaló:

“... el contrato de seguro por naturaleza es de derecho privado; (sic) la cláusula de garantía incorporada en los contratos estatales es de orden público, puesto que su finalidad es la protección del patrimonio público y la administración no puede renunciar a ella.

¹⁷ Sentencia del 14 de junio del 2019, Consejo De Estado, Sala De Lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación: 11001 03 26 000 2009 00047 00 (36860).



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

“... bajo la Ley 80 de 1993, el contrato de seguro constituye un contrato autónomo, pero colabora en el desempeño de la función pública, dado el carácter del patrimonio que protege y puesto que el beneficiario es directamente la administración.”

En este orden de ideas, si bien los contratos de seguro están regidos por normas de derecho privado [y particularmente por las disposiciones del Código de Comercio], también es cierto que –en determinados aspectos– están sujetos a normas de derecho público; en efecto, el estatuto de contratación estatal se ocupó de regular los aspectos generales y fundamentales de los contratos de seguro que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales, lo cual evidencia que tales contratos igualmente se encuentran sometidos a las disposiciones de este último estatuto. Tal particularidad, sin duda, permite afirmar que el régimen legal en este tipo de contratos (celebrados para garantizar los riesgos derivados de la actividad contractual) es de carácter mixto”.

Según lo dispone el artículo 1072 del Código de Comercio, se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado. El riesgo asegurado es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro¹⁸, que se define como el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador.¹⁹ Esa realización del riesgo, en general, tiene lugar al momento en que ocurre el hecho que produjo el siniestro.

Sin embargo, en el caso de los contratos estatales, el Decreto 1082 de 2015, concretamente el artículo 2.2.1.2.3.1.19. “Efectividad de las garantías”, señala que el siniestro se entiende ocurrido en un momento posterior, al señalar que la Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:

- “1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*
- 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
- 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros.” (Subrayado del Despacho)*

Como se desprende de la norma trascrita, en el caso de los contratos estatales, y particularmente cuando se trate de declarar la caducidad del contrato o de la imposición de multas, el siniestro no se entiende ocurrido al tener lugar el evento que realizó el riesgo, esto es, el hecho que da lugar al incumplimiento, sino que el siniestro apenas se entiende ocurrido cuando la Administración lo declara mediante un acto administrativo a través del cual se declara la caducidad del contrato, el incumplimiento del mismo o se imponen las multas del caso.

La razón por la cual la norma establece esa diferenciación respecto del régimen general del seguro de cumplimiento, estriba en que mientras la Administración no haya declarado mediante un acto administrativo el incumplimiento del contrato, el mismo apenas se presume, y, en consecuencia, el riesgo asegurado aún no ha tenido lugar.

Así las cosas, el Despacho encuentra que en el presente caso, en el que se declaró la caducidad del Contrato y se ordenó el pago al Contratista y al Garante, de los perjuicios que se han causado a la Nación, consecuencia de varios incumplimientos graves que dieron lugar a la caducidad, la fecha de ocurrencia del siniestro no es la fecha de los hechos advertidos por el Equipo de Supervisión del proyecto Portuario, sino apenas la fecha de expedición del acto administrativo recurrido, que es el que declara la caducidad del Contrato de Concesión y cuantifica los perjuicios causados.

Entonces, resulta claro que, en el presente caso no ha prescrito el seguro, en tanto la ocurrencia del siniestro empezó a computarse con la expedición del acto administrativo que lo declaró, esto es, el 31 de marzo de 2022, que es el momento a partir del cual se contabilizan los dos años que señala el artículo 1081 del Código de Comercio para computar el término de la prescripción.

¹⁸ Artículo 1045 del Código de Comercio.

¹⁹ Artículo 1054 del Código de Comercio.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Cabe agregar que el seguro de cumplimiento expedido por el Garante cubre todo el tiempo de ejecución contractual y, teniendo en cuenta que los hechos acontecieron en vigencia²⁰ de la Póliza No. 85-44-101079846 Anexo 0, la cual fue expedida por Seguros del Estado S.A., el cumplimiento endilgado a la Sociedad Portuaria se encuentra amparado por la póliza en mención.

Finalmente, es oportuno señalar que al verificar el contenido de la Sentencia del 10 de febrero de 2021, de la Sección Tercera del Consejo de Estado Exp. 57454, que trae a colación el Recurrente para sustentar su argumento, toda vez que en ella el Consejo de Estado consideró que el término de prescripción del contrato de seguro se cuenta desde que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la imposición de una multa contractual, el Despacho debe reiterar que la norma especial que regula la efectividad de las garantías es clara en señalar que, en tratándose de la caducidad del contrato estatal, el siniestro apenas tiene lugar con la expedición del acto administrativo, y toda vez que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, los dos años de la prescripción ordinaria se deben contabilizar desde la ocurrencia del siniestro, y en este caso, en el que el siniestro apenas tuvo lugar el 31 de marzo de 2022, no ha operado la prescripción. Adicionalmente, dicha sentencia se refiere a la imposición de multas, que no es el caso que nos atañe, en el que se declaró la caducidad del contrato. Resulta entonces que la sentencia no es aplicable al caso presente.

Tras lo expuesto se concluye que la inconformidad expuesta por el Garante contra la decisión que se recurre no tiene vocación de prosperidad, en tanto no ha ocurrido la prescripción del contrato de seguro.

4.2.2. De la pérdida de Competencia de la Entidad por haber operado la Caducidad de la facultad sancionatoria.

El Apoderado de la Garante advierte que la ANI vulneró la regla establecida en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, que como ya se dijo, corresponde a proferir los actos administrativos dentro del tiempo que la Ley la faculta, esto es, dentro de los 3 años siguientes de haber tenido conocimiento de los hechos que dan cuenta de los incumplimientos contractuales.

Lo anterior porque para el caso objeto de estudio es claro que, aunque no se incluye en la Resolución aquí impugnada que la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI previo a la visita de seguimiento realizada el 18 de diciembre de 2019, ya había realizado otra visita de seguimiento quince (15) meses antes, es decir, el 6 de septiembre de 2018, fecha que corresponde al momento en que la Entidad conoció de los hechos de incumplimiento, luego entonces, la visita de seguimiento realizada en el año 2019 tan solo fue para corroborar que la ejecución del contrato continuaba en las mismas condiciones del año 2018, es decir, 0% de ejecución.

De lo expuesto concluye que la fecha límite que tenía la Administración para declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, era como fecha máxima el 6 de septiembre del año 2021.

Para desatar el argumento, el Despacho partirá de lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 – CPACA, el cual consagra que:

“Salvo lo dispuesto en leyes especiales, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.” (Subrayas del Despacho)

De la lectura del Artículo 52 del CPACA resulta claro que el mismo solo aplica en ausencia de disposición especial.

Ahora bien, el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, trae básicamente dos etapas, a saber: (i) la citación y (ii) la audiencia. En

²⁰ La póliza 85-44-101079846 Anexo 0, contaba con una vigencia de amparo, según el último que reposa en el expediente, del 04 de noviembre de 2016 al 04 de noviembre de 2021



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

efecto, el objetivo del legislador fue dotar a la Administración de un procedimiento ágil, expedito, dirigido a conminar al Concesionario al cumplimiento de las obligaciones contractuales y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. Se trata de una norma procedimental que no señala el término de la potestad sancionatoria de la Entidad, motivo por el cual, en principio, se llegaría a pensar que debe aplicarse, en esa materia, el procedimiento administrativo sancionatorio general previsto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en los artículos 47 a 52, en la medida en que el mismo suple lo dispuesto en normas especiales, como puede desprenderse del artículo 47, el cual dispone que:

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

Sin embargo, se reitera, la aplicación del artículo 52 del CPACA, solo es procedente cuando no existen disposiciones especiales.

Adicionalmente se debe destacar que es el propio artículo 47 del CPACA el que señala que los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales, tienen su propio régimen:

“Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.”

Es por lo anterior que, para revisar la aplicación de la caducidad de la facultad sancionatoria en actuaciones sancionatorias de corte contractual, como la presente, es necesario revisar las normas que disponen las facultades sancionatorias que tiene la Administración.

En lo que tiene que ver con las multas, es claro que no resulta aplicable la caducidad de la facultad sancionatoria, en tanto existe norma especial que dispone el tiempo en que la Administración puede aplicar dicha medida de apremio al contratista. En efecto, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone:

“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.”* (resaltado del Despacho).

Se traduce la norma citada en que la Administración puede imponer multas conminatorias mientras esté pendiente la ejecución de esas obligaciones. Así lo señaló el Consejo de Estado, en reciente sentencia²¹:

“(…) Planteado este escenario argumentativo, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones en relación con la aplicación del artículo 52 del CPACA, en el marco de la imposición de multas en desarrollo de la actividad contractual del Estado.

En primer lugar, es importante poner de presente que la caducidad de la potestad sancionadora del Estado se encuentra regulada en el CPACA, en el acápite específico destinado a trazar las reglas que habrán de seguirse en los procedimientos administrativos sancionatorios que no tengan una legislación especial o no se hallen cobijados por el Código Único Disciplinario.

En atención a ese marco normativo, cabe anotar que la caducidad de la potestad sancionadora prevista en el artículo 52 del CPACA, entendida como el límite temporal dispuesto para instrumentar el ius puniendi por parte de la administración, resultará aplicable en cuanto se trate del desarrollo de prerrogativas sancionadoras adoptadas en ejercicio de

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 7 de diciembre de 2021, Exp. 66589, C.P. Marta Nubia Velásquez Rico.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

función administrativa habilitada expresamente por el legislador en los ámbitos específicamente autorizados por el ordenamiento jurídico.

Lo anterior no puede confundirse ni hacerse extensivo a la facultad de imponer multas mediante actos administrativos en desarrollo de la ejecución de un contrato del Estado, con apoyo en las siguientes consideraciones:

De entrada, se precisa que fue el mismo CPACA el que, en su artículo 47, reconoció la sustantividad de que goza la legislación sancionadora en materia de contratación estatal, al establecer en el párrafo 1) del artículo 47 que “las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia”.

En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección del Estado en la ejecución del negocio “es actuar en forma compulsiva sobre este [el contratista] para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones”²²
(...)

El pacto sobre la multa encuentra su apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes presente desde luego en el ámbito de la contratación estatal. En virtud de este postulado, los extremos del negocio están llamados a definir cuál será el efecto y alcance del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para fungir /como apremio o conminación para conducir al moroso a que honre su compromiso, o como mecanismo indemnizatorio, finalidades que, se reitera, habrán de examinarse a la luz de los términos convencionales en que explícitamente se encuentre estipulada la multa.

En esa línea, conviene agregar que el límite temporal para aplicar la sanción pecuniaria habrá de ser el acordado en el contrato, por manera que al no definirse uno, como ocurrió en el caso concreto según se desprende del texto contractual, la sanción podría ser impuesta en tanto persistiera el incumplimiento y el plazo contractual se hallara vigente, tal y como aconteció en el sublite.”

Si bien del anterior pronunciamiento resulta evidente la no aplicación de la caducidad de la facultad sancionatoria mientras esté pendiente la ejecución de las obligaciones incumplidas por el contratista, resta al Despacho analizar si esa misma regla indicada por el Consejo de Estado, resulta aplicable cuando se trata de declarar la caducidad del contrato.

Sobre el particular sea lo primero destacar que en esta actuación, aún el Concesionario tiene pendiente la ejecución de las obligaciones que fueron declaradas como incumplidas, y con base en las cuales se declaró la caducidad del Contrato en el acto recurrido; bajo este entendido, la facultad para caducar el contrato, de la que se encuentra ungida la ANI para sancionar al contratista por el no cumplimiento de sus obligaciones contractuales, que amenacen la parálisis del contrato, no estaría sujeta a la caducidad de la facultad sancionatoria.

Pero no solamente por lo anterior, no resulta aplicable la caducidad de la facultad sancionatoria a la posibilidad que tiene la Administración de caducar el contrato estatal, ya que adicionalmente, respecto de la caducidad del contrato estatal, existe norma especial.

En efecto, el artículo 18 de la ley 80 de 1993, establece:

*“La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, **que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato** y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación **en el estado en que se encuentre.**” (Negrilla para resaltar)*

De la norma en cita resulta evidente que la Administración, siempre que encuentre que el incumplimiento del contratista a sus obligaciones afecta de manera grave la ejecución del contrato, al punto que amenace la paralización de este, podrá declarar la caducidad del contrato, en el estado en que se encuentre.

²² BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415.



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Significa lo anterior que la caducidad del contrato estatal puede darse en cualquier tiempo durante la ejecución del contrato, en el estado en que se encuentre, lo que se traduce en que la misma solo tiene un límite temporal, *que esté en ejecución el contrato*, y ese límite temporal constituye norma especial respecto de la temporalidad con que cuenta la Administración para imponer la sanción de caducidad, por lo que el Artículo 52 del CPACA no resulta aplicable, tratándose de la caducidad del contrato, al existir norma especial.

De conformidad con lo expuesto, la Agencia Nacional de Infraestructura cuenta con toda la competencia para declarar los incumplimientos, tasar los perjuicios y como consecuencia de lo anterior, declarar la caducidad del Contrato, por no existir caducidad de la facultad sancionatoria, motivo por el cual no le asiste la razón al Apoderado de la Aseguradora.

4.2.3. De la falta a la obligación de mantenimiento del estado del riesgo, y de evitar la extensión y propagación del siniestro, ausencia de cobertura del seguro - Artículo 1060 del Código de Comercio.

El artículo 1060 del Código de Comercio, hace referencia a la obligación del asegurado o tomador de la póliza de notificar a la compañía aseguradora toda modificación al estado del riesgo.

Con base en el referido artículo la Garante afirma que es claro que la Entidad contratante agravó el estado del riesgo, no solo para la Aseguradora, sino también, para el propio Estado, en el entendido que a sabiendas que desde el 6 de septiembre de 2018 las obras se encontraban paralizadas, no declaró a tiempo la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, y solo hasta el 17 de diciembre de 2019 quiso apremiar al Contratista al cumplimiento a través de una multa, habiendo transcurrido más de catorce (14) meses de haber realizado la visita de seguimiento a las obras para ese momento. Esto significa que, durante este tiempo, la Entidad contratante conocía que el Contrato continuaba paralizado, y solo hasta el 31 de marzo de 2022 declaró la caducidad del Contrato mencionado, fecha para la cual, ya había caducado la facultad sancionatoria con que contaba la Administración, como quedó expuesto en el punto anterior.

De lo expuesto concluye que la Administración no solo agravó el estado del riesgo para la Aseguradora mientras el contrato seguía amparado, sino que agravó su propio perjuicio, tal y como consta en los perjuicios tasados en el acto administrativo impugnado.

Al respecto, el Despacho precisa que el riesgo cumplido en el presente caso, esto es el siniestro (*realización del riesgo asegurado*), nace del incumplimiento imputable a la Sociedad Portuaria, quien pese al transcurso del tiempo se ha negado a cumplir con obligaciones contractuales esenciales, tales como el Plan de Inversión, la Operación del puerto, y el Pago de la Contraprestación, aunado a no cumplir con la obligación de contar con un RCTO, y no Fondear la Subcuenta de Interventoría, pero ese riesgo solo se materializó mediante la expedición del acto recurrido, en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, razón por la cual, es claro que no ha acaecido la alegada agravación del riesgo, en la medida que con anterioridad a la expedición del aludido acto, no se había materializado el riesgo.

Además, siendo que incluso a la fecha el incumplimiento persiste, de haber existido la alegada agravación del riesgo sólo podría ser imputada al tomador garantizado quien con su actuar ha generado que la ANI declare la caducidad, cuantifique e imponga los perjuicios respectivos y constituya el correspondiente siniestro.

Por lo expuesto, el Despacho indica que el argumento de inconformidad no está llamado a prosperar.

4.2.4. Del límite de responsabilidad de Seguros del Estado S.A., hasta el límite del valor asegurado respecto del amparo de cumplimiento.

El Apoderado de la Garante indica que se debe dar aplicación al artículo 1079 del Código de Comercio, por cuanto en el presente caso, SEGUROS DEL ESTADO S.A. canceló el valor de **SETECIENTOS TREINTA Y UN MILLONES SETENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$731.078.480,86) M/Cte.**, a título de indemnización total y definitiva a favor de la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI**, como consecuencia de la afectación del amparo de cumplimiento contenido en la póliza No. **85-44-101079846**, como consecuencia de lo ordenado mediante Resolución 1904 del 17 de



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

diciembre de 2019, por medio de la cual se declaró el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 001 de 2016 y se impuso multa por la suma de US\$193.271 dólares, decisión confirmada mediante Resolución No. 237 del 18 de febrero de 2020.

Además, que el amparo de cumplimiento contenido en la póliza No. 85-44-101079846 tiene una cobertura de US\$368.553.99, suma de la cual se pagó a la Administración US\$193.271, quedando una cobertura tan solo por el saldo, que es de US\$175.282.99.

Frente a este argumento, el Despacho advierte que el valor límite asegurado no es un asunto que compete al presente procedimiento administrativo sancionatorio, el cual, de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, ha sido establecido sólo para que, en el mismo las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública puedan declarar el incumplimiento de sus contratistas, cuantificar los perjuicios e imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato.

El trámite que se adelante ante la compañía de seguros, que en el presente asunto no se tiene certeza aún que se deba realizar toda vez que, el primer llamado a responder es el Concesionario, corresponde a una actuación posterior que no se encuentra en la titularidad del Grupo de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, sino del Grupo de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura, y solo tendrá lugar, una vez se encuentre en firma la sanción impuesta.

No obstante, en esta oportunidad la Agencia, a través de este Despacho, precisa que la existencia de un límite asegurado es una regla que opera con independencia de que la Entidad lo deje expuesto o no en el acto administrativo, por cuanto es una limitación consagrada tanto en la ley, como en la póliza de seguros.

Por ello, es claro que el asegurador no estará obligado a responder sino hasta la concurrencia de la suma asegurada, en el evento en que el concesionario no cancele la sanción impuesta.

4.3. Del ajuste y actualización del Concepto Financiero sobre la tasación de perjuicios.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Despacho en audiencia celebrada el día 31 de marzo de 2022, puso en conocimiento de la **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.** y de la Garante **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022 “Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra del Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A.** por los incumplimientos de las obligaciones previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2016, que dan lugar a declarar la caducidad de este”

En la Resolución ANI No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, el Despacho resolvió en su artículo cuarto, lo siguiente:

“ARTÍCULO CUARTO.- IMPONER los perjuicios causados por no pago de la contraprestación, por la no operación del puerto, por la no ejecución del Plan de Inversiones y por no fondear la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, los cuales ascienden a la suma **DIEZ MILLONES CIENTO OCHENTA MIL OCHOCIENTOS NUEVE DÓLARES CON VEINTIDÓS CENTAVOS USD 10.180.809,22;** y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (COP \$ 466.923.702,71),** de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

El pago de los perjuicios impuestos deberá realizarse en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la TRM del día del pago.”

La tasación de los perjuicios impuestos en el referido acto administrativo correspondió a la realizada por la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, mediante memorando con radicado ANI 20223080044933 de 15 de marzo de 2022.

Sin embargo, mediante memorando con radicado ANI No. 20223080056283 de 18 de abril de 2022, la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual remitió un alcance al



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

memorando 20223080044933 de ajuste y actualización del Concepto Financiero respecto de la tasación de perjuicios; señalando que:

“Teniendo en cuenta que al efectuar revisión al contenido del archivo en Excel que sirve de soporte a los cálculos mencionados en el concepto emitido por esta gerencia mediante memorando con radicado No. 20223080044933 del 15/03/2022, relacionado con la cuantificación de la cláusula penal pecuniaria y tasación de perjuicios por el incumplimiento del contrato No. 001 de 2016 – Bullpesa, se han detectado dos situaciones con respecto a los perjuicios relacionados con la no ejecución del plan de inversiones y con el no fondeo de la totalidad de los recursos de interventoría, generando diferencia con el valor real de cada uno de estos perjuicios, así:

- Por una parte, se tiene que en la sumatoria registrada en las tablas 4 y 7, del concepto “VPN AMORTIZADO” no fue incluido, en el archivo de Excel, el valor del periodo del año 4 al 4.8 años.*
- De otro lado, se encuentra que los descuentos de los flujos para cada uno de los dos perjuicios mencionados deben realizarse a partir del año 2 de la vigencia del contrato y no del año 1 con un periodo de recuperación de 17 años y no de 18 años, de acuerdo con la metodología del modelo financiero.*

Por lo anterior, al aplicar los dos ajustes mencionados se encuentra que el valor total de los perjuicios a 31 de marzo de 2022, con respecto de los incluidos en el concepto enviado por esta gerencia con memorando 20223080044933 del 15/03/2022, es menor.”

En efecto, al revisar el valor de los perjuicios, la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual calculó que el valor de los perjuicios por No ejecución de las Inversiones, es de USD 9.303.885,86, el cual es Inferior al que se impuso por ese incumplimiento en el acto sancionatorio, el cual fue de USD 9.498.754,53, y asimismo, al recalcular el valor de los perjuicios por no contratación de la Interventoría, se obtuvo un valor de USD 174.306,26, el cual es inferior al que se impuso por ese incumplimiento en el acto sancionatorio, el cual fue de USD 177.957,11.

Dicho memorando fue incorporado al expediente mediante Auto No. 20227070001486 de 29 de junio de 2022, con el objetivo que el Despacho pudiera tener en cuenta el cálculo corregido por la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, para los perjuicios impuestos por No ejecución de las Inversiones y por no contratación de la Interventoría.

Así las cosas, se procederá a modificar el artículo 4° de la Resolución ANI No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, precisando el valor de los perjuicios por No ejecución de las Inversiones, el cual es de USD 9.303.885,86, y, asimismo, el valor de los perjuicios por no contratación de la Interventoría, por un valor de USD 174.306,26.

Es importante destacar que dicha modificación, en tanto disminuye la sanción impuesta, no es violatoria de la prohibición de la no reformatio in pejus.

4.4. De las peticiones efectuadas por los Recurrentes.

En la sustentación de los recursos interpuestos por el Concesionario y la Garante, estos solicitaron la revocación de la Resolución ANI 20227070004345 del 31 de marzo de 2022 con fundamento en lo expuesto por ellos.

Sobre esta petición, el Despacho indica que la misma debe ser rechazada teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos planteados prosperó.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria, solicita de manera subsidiaria que en caso que la Agencia Nacional de Infraestructura mantenga la decisión de caducar el Contrato de Concesión No. 001 de 2016, se revoque la cuantificación de los perjuicios, y en su lugar disponer la imposición de la cláusula penal cuantificada y que asciende a la suma de USD 107.287.

De lo anterior, el Despacho reitera lo expuesto en el acto recurrido, respecto de la Cláusula Penal y la tasación de perjuicios, en cuanto a que el artículo 1600 del Código Civil señala que *“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*, por lo cual, como los perjuicios excedían en valor a la Cláusula Penal, esta no se haría efectiva y en su lugar se acudiría a la imposición de perjuicios. Por tal motivo, la solicitud no será acogida.



Documento firmado digitalmente



RESOLUCIÓN No. 20227070018095 “Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición, interpuestos por la Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022”

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos expuestos por los Recurrentes logró desvirtuar los incumplimientos endilgados a la Sociedad Portuaria, este Despacho modificará el artículo cuarto en cuanto a la cuantificación de los perjuicios, y confirmará en todo lo demás el acto recurrido.

En virtud de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE:

PRIMERO. MODIFICAR el artículo cuarto de la Resolución ANI No. 20227070004345 del 31 de marzo de 2022, el cual quedará así:

ARTÍCULO CUARTO.- IMPONER los perjuicios causados por no pago de la contraprestación, por la no operación del puerto, por la no ejecución del Plan de Inversiones y por no fondear la totalidad de los recursos necesarios para la contratación de la interventoría, los cuales ascienden a la suma **NUEVE MILLONES NOVECIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y NUEVE DÓLARES CON CINCUENTA CENTAVOS USD 9.982.289,50**; y por intereses moratorios por el no pago de la contraprestación, la suma de **CUATROCIENTOS SESENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS DOS PESOS CON SETENTA Y UN CENTAVOS (COP \$ 466.923.702,71)**, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

El pago de los perjuicios impuestos deberá realizarse en un término de diez (10) días hábiles, contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, a la TRM del día del pago.

SEGUNDO. En todo lo demás, la Resolución ANI 20227070004345 del 31 de marzo de 2022 permanecerá incólume, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

TERCERO. EN FIRME esta decisión desde el día siguiente de su notificación en audiencia conforme lo dispuesto por el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución ANI 20227070004345 del 31 de marzo de 2022.

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

ARTÍCULO QUINTO. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 08-11-2022

EDUARDO DURÁN MONTOYA
Coordinador GIT Sancionatorios
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Proyectó: Juan Camilo González – Abogado GIT Sancionatorios – VJ
Revisó: Viviana Andrea Velásquez R. – Abogada GIT Sancionatorios - VJ
VoBo:

EDUARDO DURAN MONTOYA
2022.11.08 08:17:02
Firmado Digitalmente
CN=EDUARDO DURAN MONTOYA
C=CO
O=Región Nacional de Infraestructura
E=eduranm@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits



	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GEJU-F-030
	PROCESO	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 001
	FORMATO	CONSTANCIA DE EJECUTORIA	Fecha: 14/07/2017

Radicado ANI No.: 20221010133589



Fecha: 09-11-2022

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

Se hace constar que el(a) **Resolución No. 20227070004345** expedida(o) el **jueves 31 de marzo de 2022**, quedó ejecutoriada de acuerdo con lo consagrado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el **miércoles 09 de noviembre de 2022**, por haberse resuelto y notificado el recurso de reposición mediante **Resolución No. 20227070018095** expedida(o) el **martes 08 de noviembre de 2022**.

Fecha para contabilizar Términos: **martes 08 de noviembre de 2022**

La presente constancia se expide en Bogotá D.C., **miércoles 09 de noviembre de 2022.**

FERNANDO AUGUSTO RAMÍREZ LAGUADO
VICEPRESIDENTE JURÍDICO

Anexos: SOPORTES

cc:

VoBo:

Nro Rad Padre: 20227070004345

Nro Borrador: 20221010068065

FERNANDO AUGUSTO RAMIREZ LAGUADO
2022.11.09 16:08:29

Firmado Digitalmente

CN=FERNANDO AUGUSTO RAMIREZ LAGUADO
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
E=framirez@ani.gov.co

Llave Pública

RSA/2048 bits