



REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20227070017885
20227070017885

Fecha: 03-11-2022

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E”

EL COORDINADOR DEL GIT PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS CONTRACTUALES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, Nos. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, 0295 del 25 de febrero de 2020 y, 1069 de 15 de julio de 2019 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 el recurso de reposición interpuesto por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS en contra de la Resolución No. 20227070014985 de 21 de septiembre de 2022, a partir de los siguientes,

CONSIDERANDOS

Que el 21 de septiembre de 2022, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual iniciado en contra de la PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, por el presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Pedro Marquínez Cuero S.A. de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación prevista en la Resolución No.1493 del 9 de agosto de 2018 de la concesión para embarcadero, fue notificada la Resolución No. 20227070014985 **“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN No.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E”**, de conformidad con lo previsto en el literal (c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en la Resolución No. 20227070014985 de 21 de septiembre de 2022, se resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento de la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUEZ CUERO S.A., de las obligaciones contenidas en los artículos sexto y octavo de la Resolución No. 1493 del 9 de agosto de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. CUANTIFICAR E IMPONER el pago de los perjuicios causados por valor de TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte., los cuales corresponden al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, de acuerdo con la parte considerativa de la presente Resolución.

Dicho valor deberá ser cancelado dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la presente Resolución, so pena de generarse los correspondientes intereses moratorios.

ARTÍCULO TERCERO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE CUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de cumplimiento No. 3000917, expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en la que actúa como tomador y afianzado la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUEZ CUERO S.A., y como asegurado la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI, y el INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS, y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución No. 1493 de 2018, hasta el valor asegurado en el amparo de cumplimiento.



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 03-11-2022

ARTÍCULO CUARTO. En firme la decisión y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6° 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 Buenaventura y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación.

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

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

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

ARTÍCULO OCTAVO. Enviar copia ejecutoriada de la presente resolución al Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI para el cobro y trámites a que haya lugar.

ARTÍCULO NOVENO. ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta decisión."

Que, en contra de la decisión indicada la Aseguradora interpuso recurso de reposición, el cual fue sustentado en audiencia realizada el día 21 de septiembre de 2022, cuya acta obra en el expediente con el No. 20224090100379. Al sustentar el recurso, el apoderado de la compañía aseguradora no aportó pruebas.

Que en cumplimiento de la delegación realizada mediante la Resolución ANI No. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, es competencia del Coordinador del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales resolver el recurso impetrado en contra de la Resolución No. 20227070014985 de 21 de septiembre de 2022.

I. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

La PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS sustentó el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 20227070014985 de 21 de septiembre de 2022, en sesión de audiencia realizada el 21 de septiembre de 2022. En dicha sustentación planteó los siguientes argumentos:

I.1. Motivos de inconformidad presentados por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

La Aseguradora indicó que se oponía al sentido de la decisión, razón por la cual interpuso recurso de reposición solicitándole al Director de la audiencia que revocara la decisión adoptada con base en los siguientes argumentos:

I.1.1. Prescripción

El apoderado señaló que, aquí está materializada la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, por lo que manifiesta que sin ninguna duda y sin consideración alguna del Despacho que pueda desvirtuar lo pertinente, en esta actuación se aluden a supuestos incumplimientos producidos desde el año 2020, esto es, desde hace más de dos (2) años, de lo cual advierte que ya transcurrieron más de los dos (2) años que la Ley otorga a la Entidad para adoptar las medidas pertinentes.

Sobre este punto el apoderado explica que como bien se indicó, la terminación de la concesión se produjo desde el año 2021 con efecto desde el año 2020, por lo cual el término de la prescripción tendría que contarse desde el momento en que la terminación tuvo efecto.

Así las cosas, concluye que los dos años ya transcurrieron, motivo por el cual no tendría ningún sentido que se impusiera ningún tipo de obligación, por la elemental razón que, aún si la obligación hubiera existido, la acción con la que contaría la Agencia para poder afectar el amparo correspondiente era una acción que ya tenía prescrita. Como bien se sabe, la Agencia es el directo interesado y por ende tiene los dos (2) años de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio, para dejar en firme el acto administrativo a través del cual se declara el siniestro correspondiente.

Adicionalmente, el apoderado señaló que no ampara a la Agencia el término de suspensión que por COVID se produjo, por una razón elemental y es que, el incumplimiento al que se aludió en este proceso se produjo con posterioridad a los tres (3) meses y medio de suspensión derivados del COVID, o sea que, los dos (2) años arrancaron a contar desde el momento del incumplimiento y por ello la ANI no tenía ni un día más del aludido plazo para dejar en firme el acto administrativo.



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 03-11-2022

Por lo anterior, el apoderado concluye que al momento de la notificación del acto recurrido ya habían transcurrido dos (2) años desde la ocurrencia del supuesto incumplimiento, incluso manifiesta que, de hecho, al momento de adelantar este procedimiento ese lapso ya había transcurrido.

Con fundamento en lo expresado el apoderado afirma que hay lugar a revocar el acto recurrido porque la prescripción es una norma de orden público y no admite ningún tipo de interpretación, a menos que el término se interrumpa o suspenda, pero en este caso ello no acaeció y, por ende, no se puede declarar válidamente un siniestro con cargo a la póliza expedida por la Previsora.

I.1.2. El débito de la obligación no está cubierto por la garantía de cumplimiento.

Frente a este argumento, el apoderado manifestó que hay otra situación que no puede ignorar el Despacho y es que son dos cosas diferentes la responsabilidad y el débito, que en la resolución se están confundiendo los dos conceptos. Igualmente, señaló que no existía ninguna garantía sobre el débito de la obligación, es decir, a cargo de la Previsora no está cumplir la obligación contractual a cargo del concesionario sino la de amparar los perjuicios derivados del incumplimiento de la obligación.

Entre otras razones, señaló el recurrente, porque la ANI tendría que haber demostrado si existió o no la ejecución de la obligación reprochada, y esto se desconoce aquí dentro del trámite, no está probado. Pero, también en consideración a que propiamente el incumplimiento de la obligación no se encuentra amparado de manera alguna por una póliza de cumplimiento ni siquiera en el amparo de cumplimiento.

En este aspecto aclara que el amparo en una póliza de cumplimiento asegura los perjuicios que se deriven para el asegurado por la inobservancia del afianzado de las obligaciones a su cargo. En este caso no está acreditado de manera alguna que se haya causado un perjuicio a la Entidad y, en consecuencia, no puede de ninguna manera, hablarse simplemente que el valor de la prestación es la cuantificación de los perjuicios que se pretende endilgar a la aseguradora.

El apoderado sostuvo que son dos cosas diametralmente opuestas y, de hecho, excluyentes, y lo que se está cobrando es el débito, cuando la compañía aseguradora amparó fue la responsabilidad en torno a los perjuicios que pudieran derivarse de un incumplimiento, y esos perjuicios tendrían que demostrarse.

En este punto, el apoderado afirma que no se ha cumplido con las cargas que el artículo 1077 del Código de Comercio le impone a la Agencia. Además, que tampoco podría decirse, que en el contrato había tasada una cláusula penal, pues si esa era la consideración de la ANI, sería peor porque tendría que haber aplicado la proporcionalidad de la cláusula penal de conformidad con lo establecido en el artículo 1596 del Código Civil. Sin esa proporcionalidad y sin advertir cómo la aplicó, entonces habría una indebida tasación de aquello que se pretendió imponer.

Por último, el apoderado expresó que la prestación no se tenía que pagar a la Agencia pues, ella no era la acreedora de la prestación, por lo cual no se podría decir que ese incumplimiento le habría generado perjuicios equivalentes al valor de la contraprestación, ni que el contratista debía pagar a la ANI esa plata. Y aunque el dinero sí debía pagarse a otra entidad, que es la que habría podido sufrir el perjuicio por el incumplimiento del contratista, lo cierto es que la Agencia, aunque podría haber sufrido otro perjuicio, este no sería el del débito de esa obligación.

II. ANÁLISIS DEL DESPACHO SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN EL RECURSO INTERPUESTO

Para resolver lo pertinente, se abordarán los argumentos del Garante en el orden en que fueron propuestos, así:

II.1. Argumentos de la Compañía Aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

II.1.1. Prescripción

Respecto a este argumento el apoderado del garante reiteró que en el presente caso ha operado la prescripción de las acciones del contrato de seguro, según lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, en tanto han transcurrido más de los dos (2) años establecidos en dicho artículo para la configuración de la prescripción ordinaria.

Teniendo en cuenta la argumentación presentada por el apoderado, el Despacho realizará nuevamente el análisis respecto de la prescripción ordinaria en los términos descritos en el artículo 1081 del Código de Comercio.



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 03-11-2022

Según el mencionado artículo "(...) 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 la premisa normativa citada el Despacho entiende que la Agencia contaba con dos (2) años desde el momento en que tuvo conocimiento del hecho que configuró el incumplimiento y el perjuicio.

En tal sentido, como se analizó en la resolución recurrida, el Despacho reitera y resalta que en el presente caso el incumplimiento definitivo del Concesionario se configuró el 22 de septiembre de 2020, fecha desde la cual se declaró la terminación anticipada de la concesión portuaria con motivo de la liquidación y cancelación de la persona jurídica del concesionario.

Por lo anterior, y como se señaló en la resolución recurrida, desde el 22 de septiembre de 2020 inició el cómputo del plazo de prescripción ordinaria fijado en el artículo 1081 del Código de Comercio, en tanto solo desde ese día era posible afirmar que el concesionario incumplió de manera definitiva su obligación.

Se desprende de lo precedente que la Administración contaba con dos (2) años para declarar el incumplimiento y siniestrar la garantía de cumplimiento. Es decir que, si el incumplimiento se configuró el 22 de septiembre de 2020, los dos (2) años de la prescripción ordinaria se cumplieron el 22 de septiembre de 2022.

La Resolución recurrida mediante la cual se declaró ocurrido el siniestro de cumplimiento amparado por la Póliza de cumplimiento No. 3000917 expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, se profirió y notificó el 21 de septiembre de 2022, es decir dentro del plazo de los dos (2) años que establece el artículo 1081 del Código de Comercio, razón por la cual para el Despacho es claro que, contrario a lo señalado por el apoderado de la garante en su recurso, al momento de la declaratoria del siniestro por parte de la Agencia, aún no se había configurado la prescripción ordinaria derivada de la acción de seguro.

Respecto a la firmeza del Acto Administrativo, el Despacho debe reiterar, como se señaló en la resolución recurrida que, tal como se ha desarrollado jurisprudencialmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, basta con que el siniestro haya sido declarado por la Administración dentro del término fijado en el artículo 1081 del Código de Comercio, para entender que no ha operado la prescripción, en los siguientes términos:

"(...) En efecto, en sentencia de abril 22 de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 14.667, Consejera Ponente: Miryam Guerrero de Escobar, se señaló:

"(...) De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como término máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto. (...)”

Dicha posición se reiteró en sentencia de noviembre 26 de 2015 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 53.914, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la que se indicó:

*"(...) Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C. Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese período, solo se requiere, entiéndase bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido el siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado.
(...)"*

Con otras palabras, el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no puede entenderse como que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme o ejecutoriado dentro de ese período (...)"

(...)"



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 03-11-2022

Por último, el Despacho debe señalar frente al argumento relativo a la suspensión de términos por COVID, que comparte lo expuesto por el apoderado de la compañía aseguradora, en tanto, el término en el que se suspendieron las actuaciones, a causa de la pandemia, no tiene ninguna incidencia efectiva respecto a la contabilización del término de prescripción ordinaria de dos (2) años señalado en el artículo 1081 del Código de Comercio, máxime si se tiene en cuenta que la fecha de inicio para contabilizar el término, como se ha dicho en apartes anteriores, empezó el 22 de septiembre de 2020, fecha posterior a la suspensión de términos que se generaron por la pandemia. En este sentido, el Despacho no encuentra que las suspensiones de términos mencionadas puedan incidir en el caso estudiado.

Así las cosas, el Acto Administrativo que declaró ocurrido el siniestro se expidió dentro del término de los dos (2) años de la prescripción ordinaria preceptuada en el artículo 1081 del Código de Comercio, y contrario a lo afirmado por el recurrente, no es necesario que dentro de dicho término el aludido Acto Administrativo quedé en firme, por lo que el argumento estudiado no está llamado a prosperar.

II.1.2. El débito de la obligación no está cubierto por la garantía de cumplimiento.

Frente a este argumento, el Despacho debe reiterar el análisis y la decisión adoptada en la resolución recurrida. Así pues, el Despacho reitera que los perjuicios causados han sido cuantificados y acreditados en esta actuación administrativa, en ejercicio de la facultad que ha sido conferida a esta Entidad, en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

En tal sentido, en el oficio de citación¹ a esta audiencia, la Entidad puso en conocimiento de la Aseguradora, que una de las consecuencias que se podría derivar de la actuación era "(...) la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución de Concesión Portuaria No. 1493 de 2018 (...)", los cuales fueron específicamente probados con el Memorando No. 20223080086413 de fecha 13 de julio de 2022, expedido por la Gerente GIT Financiero 1 VCG, en donde se evidenció la situación de no pago de la contraprestación por parte del Concesionario, prueba que en su momento fue puesta en conocimiento del Garante, y a la fecha no hay constancia en el proceso que dicha situación hubiese variado.

En efecto, conforme al Memorando No. 20223080086413 de fecha 13 de julio de 2022, la Supervisión señaló:

"(...) Así, a 31 de julio de 2022, la Sociedad Portuaria Pedro Marquín Cuero adeudaría de la anualidad 2020 por capital a INVIAS la suma de USD 5.990,51 equivalentes a VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$22.447.893,30) M/Cte. a la TRM promedio del año inmediatamente anterior y la suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$13.603.308,86) M/Cte., correspondientes a intereses moratorios acumulados. Para un total adeudado de TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte. (...)"

Reitera el Despacho que la demostración del incumplimiento por parte del Concesionario y del perjuicio derivado del mismo no requiere de un ejercicio exhaustivo, toda vez que la obligación incumplida se trata del pago de una suma de dinero determinable en una fecha fijada contractualmente y cuya mora o retardo generó unos intereses a cargo del Concesionario, por lo que la determinación del perjuicio simplemente corresponde a la suma de dinero adeudada y a los intereses generados por la mora en el pago de esta.

Ahora bien, se reitera lo señalado en el acto recurrido en torno a que la concesión portuaria 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**, y por ello, el pago de la contraprestación resulta ser una de las principales obligaciones del contrato de concesión, y su incumplimiento claramente origina un perjuicio para la Nación, porque la administración dejó de recibir el pago que le corresponde, en retribución por el otorgamiento de la concesión.

Ahora bien, respecto a la cobertura del amparo de cumplimiento de la contraprestación propiamente, el Despacho reitera el análisis hecho en la resolución recurrida respecto a las disposiciones legales que regulan el contrato de seguro cuando el beneficiario es el Estado. En consecuencia, encuentra pertinente hacer alusión a la naturaleza del contrato de concesión que hoy nos ocupa, pues se enmarca, según la Corte Constitucional² en aquellos contratos que promueven el bienestar común y sirven de vehículo para el cumplimiento de los fines del Estado:

"En materia contractual, la Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso debe ser observado teniendo en cuenta que las actuaciones contractuales de las entidades estatales

¹ Radicado ANI No.: 20227070261771 del 29 de agosto de 2022

² Sentencia T-229/16



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 03-11-2022

deben estar orientadas al cumplimiento de los fines estatales y constitucionales, y en consecuencia, dichos negocios jurídicos están al servicio del interés general y no constituyen por sí mismos una finalidad, sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. En esta medida, constituye parte integral del respeto al debido proceso de los contratistas que las actuaciones contractuales respondan a un interés general.”

En ese sentido, el Decreto 1082 de 2015 hizo referencia a las garantías que deben amparar este tipo especial de contratos; por ello en su artículo 2.2.1.2.3.1.7., respecto de la garantía de cumplimiento de contratos estatales, preceptuó:

“ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:
(...)

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;

3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y

3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. (...)”

En este punto el Despacho reitera que, del artículo antes aludido, al referirse en específico al amparo de cumplimiento, determina que la garantía de cumplimiento cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados del incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista, como ocurrió en el caso de estudio.

Corolario a lo anterior, el Despacho debe señalar lo dispuesto en el Código Civil frente a la indemnización de perjuicios. Señala el artículo 1613 del Código Civil que: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.”

A su turno, y en el artículo siguiente (1614) señala el Código Civil que: “Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

De lo expuesto, para el Despacho es claro que los perjuicios cubiertos por la garantía de cumplimiento comprenden el valor de la contraprestación, y los intereses pactados, tal como se señalaron en el memorando No. 20223080086413 de fecha 13 de julio de 2022, donde se definió la suma de USD 5.990,51 equivalentes a VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$22.447.893,30) M/Cte. a la TRM promedio del año inmediatamente anterior como contraprestación adeudada y la suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$13.603.308,86) M/Cte., correspondientes a intereses moratorios acumulados.

Por lo anterior, el Despacho reitera en ese sentido que, en atención a que la póliza de seguro cubre precisamente los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato en todas sus partes, no puede desligarse que el no pago de la suma por concepto de contraprestación y los intereses de mora generados por ese no pago, corresponden a una obligación del concesionario, que, al no ser satisfecha, como es el caso presente, da lugar a que el garante indemnice los perjuicios que dicho incumplimiento produce, y es, por tanto, objeto de amparo el valor de la contraprestación no pagada, y sus correspondientes intereses moratorios, en la medida que ello constituye justamente el valor del perjuicio derivado de la obligación cuyo incumplimiento se reprocha.

En consecuencia, el Despacho aclara que a la Aseguradora no se le está exigiendo el cumplimiento de la obligación del Concesionario, sino simplemente el pago de los perjuicios que, por el Incumplimiento de dicha obligación, se generaron a la Nación – INVÍAS, todo al amparo de la póliza de cumplimiento.

Ahora bien, como en el presente caso la obligación incumplida por el Concesionario es de tipo dinerario, ciertamente hay coincidencia entre el valor de la obligación incumplida y el valor del perjuicio generado a causa del incumplimiento de tal obligación, que es en últimas por el que debe responder la Aseguradora, pero esa coincidencia de ninguna manera significa que la ANI esté pidiéndole a la Aseguradora que cumpla la



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 03-11-2022

obligación incumplida por el Concesionario, sino que indemnice los perjuicios que dicho Incumplimiento le generó a la Nación.

De igual manera, el Despacho debe referirse a la indicación presentada por el apoderado respecto a la falta de legitimación de la Agencia por no ser el acreedor de la contraprestación y por lo tanto la inexistencia del perjuicio equivalente al valor de la contraprestación.

Para resolver el argumento expuesto por el apoderado de la Compañía Aseguradora, el Despacho se remitirá a lo señalado por el Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias jurídicas suscitadas entre el **OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA-**, como parte Convocante, y la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-**³, mediante el cual se abordó exactamente el mismo tema, esto es, lo referente a la legitimación en la causa por activa relativa al no pago de los valores producto de la aplicación de la metodología de cálculo de la contraprestación contenida en el Documento CONPES 3744 y el Decreto 1099 de 2013, y de la solicitud de indemnización de perjuicios devenida del no pago de la contraprestación. Sobre el particular, el Tribunal señaló que:

“(…) El débito contractual, en lo referente al pago de la obligación definida en el elemento precio-contraprestación, y la posibilidad de la fijación y/o modificación de dicho elemento, recaen sobre una misma entidad estatal, es decir, la ANI. Por tanto, el derecho de acción para exigir la satisfacción de la obligación, tanto como los perjuicios por la insatisfacción del cumplimiento de la obligación, recaen exclusivamente sobre la contratante entendiendo que la relación jurídica entablada a través del negocio contractual tiene como extremos a la ANI y a OCENSA, en su calidad de contratante y contratista. Cosa distinta es que, de los efectos de una eventual decisión, los recursos que reciben los municipios y otras entidades territoriales por cuenta de la destinación de la contraprestación, pueda verse afectada.

Los destinatarios de la contraprestación no tienen la calidad de parte, por ser exclusivamente beneficiarios de un porcentaje de la misma, por efecto de la destinación legal que deba darle la entidad competente a los recursos recibidos. (...)”

De lo anterior, señala el Despacho que comparte y acoge en su integridad al análisis realizado por el Tribunal de Arbitramento, destacando adicionalmente que aparte de que la Agencia sea el extremo contractual dentro de la concesión, en la póliza No. 3000917 la Agencia Nacional de Infraestructura también es asegurado y beneficiario de esta.

Adicionalmente, cabe señalar que tal como se decidió en el artículo segundo de la Resolución recurrida, el destinatario de los perjuicios causados es el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, y no la Agencia, como se evidencia de lo siguiente:

“ARTÍCULO SEGUNDO. CUANTIFICAR E IMPONER el pago de los perjuicios causados por valor de TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte., los cuales corresponden al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, de acuerdo con la parte considerativa de la presente Resolución.

Dicho valor deberá ser cancelado dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la presente Resolución, so pena de generarse los correspondientes intereses moratorios. (Subrayado fuera del texto original).

Por último, corresponde al Despacho aclarar al apoderado que la Resolución No. 1493 de 2018, por la cual se otorgó la concesión, no tiene en sus estipulaciones cláusula penal pactada por lo tanto se excluye de manera tajante cualquier discusión que sobre la aplicación de esta se pueda dar en el marco de la presente actuación administrativa, incluyendo la aplicación de la proporcionalidad.

Aunado a ello, y como se evidenció en páginas anteriores, dentro de la presente actuación se cuantificaron y demostraron los perjuicios ocasionados como consecuencia del no pago de la contraprestación de la vigencia 2020 por parte del Concesionario.

Por las razones expuestas este argumento tampoco prospera.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos expuestos en el recurso logró desvirtuar la decisión contenida en el acto recurrido, la decisión del recurso será confirmar el acto impugnado.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

³ Laudo Arbitral, Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de 2018.



Documento firmado digitalmente



RESOLUCIÓN No. 20227070017885 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, EN CONTRA DE LA RESOLUCIÓN 20227070014985 DE 21 DE SEPTIEMBRE DE 2022. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 03-11-2022

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la Resolución No. 20227070014985 de 21 de septiembre de 2022, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. 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 No. 20227070014985 de 21 de septiembre de 2022.

ARTÍCULO TERCERO. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente decisión se notifica en audiencia.

ARTÍCULO CUARTO. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Bogotá D.C., a los 03-11-2022

EDUARDO DURÁN MONTOYA
Coordinador G.I.T. Procesos Sancionatorios Contractuales
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Revisó: Viviana Andrea Velásquez Rodríguez - Abogada – GIT Procedimientos Sancionatorios Contractuales
Proyectó: Andrés Felipe Ramírez Jaramillo – Abogado GIT Procesos Sancionatorios Contractuales



Documento firmado digitalmente



REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20227070014985
20227070014985

Fecha: 21-09-2022

“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN No.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E”

EL COORDINADOR DEL GIT PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS CONTRACTUALES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, Nos. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, 1069 de 15 de julio de 2019 y 0295 del 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, procede a resolver de fondo la presente actuación que se adelanta contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS por el presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Pedro Marquinez Cuero S.A. respecto de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación prevista en la Resolución No.1493 del 9 de agosto de 2018 de la concesión para embarcadero, a partir de los siguientes:

ANTECEDENTES

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Dentro del presente trámite sancionatorio es parte:

- 1.1. **En calidad de Garante – LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS (En adelante, la Aseguradora o el Garante)**, identificada con NIT 860.002.400-2, garante de la Concesión portuaria otorgada mediante Resolución No. 1493 de 2018, según póliza de cumplimiento No. 3000917, con vigencia desde el 24 de abril de 2019 hasta el 24 de octubre de 2021.

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

2.1. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

Mediante memorando radicado ANI No. 20223030089333 del 19 de julio de 2022, el Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI y la Coordinadora Grupo Interno de Trabajo (GIT) Asesoría Gestión Contractual 2- Vicepresidencia Jurídica remitieron a la Gerencia de Sancionatorios de la ANI, solicitud formal de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo sexto y en el artículo octavo, numeral 8.2 de la Resolución No. 1493 del 09 de agosto de 2018, por la cual se otorga una concesión para embarcadero a la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A.

La Gerencia del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, a través de comunicación con radicado ANI No. **20227070261771 del 29 de agosto de 2022**, dio inicio al presente procedimiento administrativo sancionatorio citando al Garante a la audiencia de que trata el artículo 86 de la



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

Ley 1474 de 2011, para el día **catorce (14) de septiembre de 2022, a las 9:00 a.m.**, fecha en la cual se instaló la audiencia, dando a conocer al citado los hechos que motivan la presente actuación, las cláusulas contractuales presuntamente incumplidas a partir de esos hechos, y las consecuencias que podrían derivarse de la actuación. En dicha sesión de audiencia, el citado, a través de su apoderado, rindió los descargos, y entre otras solicitudes, requirió establecer con certeza la situación jurídica actual de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero, y de ser el caso que esté liquidada, requirió establecer si dicha Sociedad tenía algún sucesor procesal.

Aunque en la misma sesión el Despacho señaló al apoderado del garante que era claro a partir de la Citación que la Sociedad Portuaria estaba liquidada, y que la ANI no tenía conocimiento de sucesión procesal alguna por parte del Concesionario, con ánimo garantista y a efectos de atender lo requerido por el apoderado del garante, mediante Auto con radicado ANI No. **20227070002396** de **14 de septiembre de 2022** se decretó incorporar de oficio al expediente las siguientes pruebas documentales:

1. Certificado de existencia y representación legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO, del 14 de septiembre de 2022.
2. Acta No. 059 del 29 de mayo de 2020, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A., donde se nombró al señor PEDRO HERNANDO MARQUÍNEZ SEGURA, como liquidador de dicha Sociedad.
3. Acta No. 060 del 3 de agosto de 2020, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A.

De las documentales incorporadas se ordenó dar traslado al garante, con el objeto de garantizar el derecho de defensa, contradicción y debido proceso, por un término de tres (3) días contados a partir de la notificación del Auto. Dicho traslado se surtió a través del correo electrónico de notificaciones autorizado por el citado.

De igual manera, en el referido Auto se programó la reanudación de la audiencia para el **21 de septiembre de 2022, a las 8:00 a.m.**, mediante comparecencia virtual por el aplicativo MICROSOFT TEAMS.

Recaudadas las pruebas y surtida la etapa de contradicción de estas, se dispuso a reanudar la diligencia a fin de proferir la correspondiente decisión de fondo respecto del cargo imputado.

2.2. DEL CARGO ÚNICO IMPUTADO

Tal como se estableció desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la ANI llamó a audiencia a LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS como garante del concesionario SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A., por el presunto incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el no pago de la contraprestación y contempladas en el artículo sexto y el artículo octavo, numeral 8.2 de la Resolución No.1493 del 09 de agosto de 2018, por la cual se otorgó una concesión para embarcadero a la referida Sociedad.

El cargo se fundó en las pruebas aportadas con la solicitud de inicio del proceso sancionatorio y se resolverá de fondo en este acto administrativo a partir del análisis que de ellas se haga, junto con las demás pruebas recaudadas en el curso de la actuación.

2.3. DE LAS PRUEBAS Y HECHOS QUE ORIGINARON LA ACTUACIÓN

A continuación, se relacionan todas las pruebas recaudadas en la actuación y que serán tenidas en cuenta, en lo que resulten conducentes, pertinentes y útiles, para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento, partiendo para el efecto del Informe de Supervisión que dio lugar al inicio del presente trámite sancionatorio, al poner en conocimiento de esta Gerencia un posible incumplimiento de obligaciones a cargo del Contratista.

2.3.1. Informe de la Supervisión de la Concesión otorgada mediante Resolución No. 1493 de 2018

La Vicepresidencia de Gestión Contractual allegó mediante memorando radicado ANI No. 20223030089333 del 19 de julio de 2022, informe y solicitud formal de inicio de procedimiento administrativo sancionatorio contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS como garante del concesionario SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A., por el presunto incumplimiento de las obligaciones contempladas en el artículo sexto y el artículo octavo, numeral 8.2 de la Resolución No. 1493 del 09 de agosto de 2018, por la cual se otorga una concesión para embarcadero a la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A.

2.3.2. Otras pruebas allegadas con la solicitud de investigación



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

Además del Informe de Supervisión, la solicitud de investigación venía acompañada de las siguientes pruebas:

- 1) Solicitud de Concesión radicado No. 20164090831072.
- 2) Resolución No. 1493 de 2018 - Otorgamiento de la Concesión.
- 3) Acta de Inicio de la Concesión.
- 4) Apéndice Social de la Concesión.
- 5) Radicado No. 20213030014815.
- 6) Acta de reunión de 20 de febrero de 2020, conforme a la cual se establecieron unos compromisos.
- 7) Radicado No. 2020-308-005878-1 del 21 de febrero de 2020.
- 8) Radicado No. 2020-308-013959-1 del 14 de mayo de 2020.
- 9) Radicado No. 2020-308-031798-1 del 21 de octubre de 2020.
- 10) Radicado No. 2021-308-002824-3 del 02 de febrero de 2021.
- 11) Radicado No. 2022-308-008641-3 del 13 de julio de 2022.
- 12) Póliza de Cumplimiento Radicado No. 20194091058772 del 8 de octubre de 2019.
- 13) Aprobación póliza
- 14) Comunicación aprobación garantía radicado 20203030189851 del 7 de julio de 2020.

Tanto el Informe de Supervisión como las demás pruebas que se allegaron con la solicitud de investigación, se dieron a conocer al Garante, al darse inicio al presente trámite sancionatorio citándolo para la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

2.3.3. De las pruebas recaudadas en la actuación sancionatoria

Durante el curso de la actuación se incorporaron a la misma las siguientes pruebas, de todas las cuales se dio traslado al Garante por fuera de la audiencia, para que pudiera ejercer su derecho de defensa y contradicción.

2.3.3.1. Pruebas incorporadas de Oficio

Durante la actuación, haciendo uso de la facultad prevista en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el Despacho, de oficio, incorporó a la actuación las siguientes pruebas:

- 1) Certificado de existencia y representación legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO, del 14 de septiembre de 2022.
- 2) Acta No. 059 del 29 de mayo de 2020, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquez Cuero S.A., donde se nombró al señor PEDRO HERNANDO MARQUÍNEZ SEGURA, como liquidador de dicha Sociedad.
- 3) Acta No. 060 del 3 de agosto de 2020, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquez Cuero S.A.

Las anteriores pruebas fueron incorporadas a la actuación mediante Auto No. **20227070002396** de **14 de septiembre de 2022**, en el cual se ordenó, además de su incorporación, el traslado de estas.

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS INTERVINIENTES

3.1. Descargos de la Aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

El apoderado de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** presentó sus descargos con fundamento en los siguientes argumentos de defensa:

a. Cuestiones Previas.

- 1. Que se convoque a la audiencia a la persona que debe estar, ya sea el Contratista y/o que en el evento de estar liquidado a los sucesores procesales sobre quien recae la responsabilidad.**

Sobre este aspecto el apoderado señaló que la Agencia debe convocar a la audiencia a la persona que tenga que estar, esto es, al contratista, o en evento de estar liquidado tendría que convocarse a los sucesores procesales para poder decidir sobre la responsabilidad que recae sobre ellos. Sobre este aspecto el apoderado indicó que la simple declaración de la ocurrencia de un siniestro con cargo a alguno de los amparos de la póliza requiere necesariamente la presencia o cuando menos agotar la posibilidad de que aquí se convoquen a quienes les corresponde estar.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

El apoderado reiteró que considera necesario agotar esa instancia para determinar que definitivamente no hay ningún suceso, y de ser el caso, en consecuencia, proseguir con la audiencia sin la presencia de nadie que represente los intereses del contratista, llámese liquidador, o si no hay liquidador llámese sucesor procesal, pero lo cierto es que el contratista tendría que estar aquí defendiéndose, si es que hay alguien que le sucedió en sus derechos.

Manifestó que es un aspecto importante determinar ese asunto antes de iniciar con la presentación de los descargos porque eso podría anular el proceso, pues solamente está citado el garante y, ese es un aspecto que se debe analizar con absoluta minucia para poder adelantar el proceso en debida forma.

2. Determinar el estado jurídico del contratista para determinar si está disuelto y liquidado, y si está liquidado en cabeza de quien están actualmente sus derechos y obligaciones.

Como segunda cuestión previa el apoderado señaló que es necesario determinar ¿cuál es el estado jurídico del contratista? y si ya está liquidado, se debe determinar si tiene o no un sucesor procesal, porque solo en el evento de no tener un sucesor en sus derechos y obligaciones la audiencia podría adelantarse sin ningún problema.

b. Argumentos de descargos.

1. La póliza de cumplimiento no ampara la obligación, sino que ampara la responsabilidad de la inobservancia de esa obligación.

Frente a este argumento, en su exposición el apoderado señaló que en la situación presente no se cumplen con los preceptos para efectos de poder declarar la ocurrencia de un siniestro porque la sociedad portuaria incumplió una obligación en concreto que es la que se echa de menos, que es la correspondiente a la deuda que tendría la sociedad portuaria de una suma de **TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15)**. Sobre dicha obligación, indicó que corresponde al dinero que debía pagar el contratista por los derechos de ocupación y de explotación del lugar donde debía desarrollarse el contrato y que al parecer habría sido incumplido por parte de la sociedad contratista.

En desarrollo de lo anterior, el apoderado manifestó que aquí había cosas que es importante mencionar: i) la ANI en la citación lo que calcula es el valor de la prestación adeudada pero realmente no demuestra que haya tenido un perjuicio en razón del incumplimiento de la prestación, y este es uno de los aspectos importantes de la póliza de cumplimiento expedida por La Previsora; y ii) la póliza no ampara la obligación, no ampara el débito sino la responsabilidad que la inobservancia de ese débito pudiera llegar a generar, es decir, para poder afectar esa póliza tendría que demostrarse el perjuicio derivado del incumplimiento de una obligación a cargo del contratista afianzado y aquí no hay demostración de un perjuicio más allá de analizar cuál es el valor de la prestación a cargo del contratista, valor de la prestación que es absolutamente irrelevante de cara a la póliza de seguros, puesto que no es la prestación la que está asegurada, en tanto la compañía no se obligó a garantizar la ejecución de la prestación ni a cumplir la prestación por nadie, sino que lo que se amparó, como en todas las pólizas de cumplimiento, fue la responsabilidad, es decir, el perjuicio que pudiera ocasionarse por la inobservancia de la prestación principal y aquí no está acreditado ese perjuicio que es una de las cargas que el artículo 1077 del Código de Comercio le impone a la Entidad para poder pretender afectar un amparo.

Con base en aquello, para el cumplimiento de las cargas que el artículo 1077 del Código de Comercio impone, lo primero que tendría que demostrarse además del incumplimiento atribuible al contratista, es el perjuicio que se hubiera derivado de este. Ahora bien, si lo que se quiso fue advertir que podía proceder la cláusula penal, que de estar pactada tendría que regirse necesariamente por el artículo 1596 del Código Civil, tendría que precisarse la proporcionalidad de esa cláusula con base en el valor de la prestación versus el valor del contrato para determinar en esa proporcionalidad cómo procedería el amparo.

El apoderado estima que el valor de la prestación no es suficiente para evidenciar cuál es la cuantía de los perjuicios que se están discutiendo, y reiteró que el valor de la prestación no se encuentra amparado por La Previsora de manera alguna, en tanto que lo que está amparado es el perjuicio que se derive de la inexecución atribuible al contratista de la prestación contractual respectiva.

2. El acto administrativo producto de la actuación es un acto constitutivo de siniestro y en este caso, el siniestro se encuentra por fuera de la vigencia de la garantía de cumplimiento.

Sobre este argumento, el apoderado planteó que se le había citado por el incumplimiento de obligaciones contractuales, o sea que debieron propiamente ejecutarse dentro del período contractual, y si eso es así, lo que se pretende afectar es el amparo de cumplimiento dentro de los múltiples amparos otorgados por la Previsora en la póliza, y dicho amparo tiene una particularidad y es que el acto administrativo que declara su



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

ocurrencia es el constitutivo del siniestro, es decir, el siniestro solamente ocurre en el evento en que haya un acto administrativo en firme que así lo declare.

La relevancia de lo referente al acto constitutivo del siniestro está dada porque es indispensable que la declaración de incumplimiento se surta dentro de la vigencia del amparo que se pretende afectar, es decir, si se pretendía declarar un incumplimiento tendría que haberse declarado dentro de la vigencia de la póliza de cumplimiento, por una razón elemental y es que esa declaratoria de incumplimiento constituye el siniestro mas no su declaración, pues si fuera declarativo ello podría hacerse dentro de los dos años siguientes, pero en este caso se está constituyendo el siniestro cuando se declara el incumplimiento, mas no cuando se presentó la inobservancia de las obligaciones, esa es la definición de un acto administrativo constitutivo.

Así mismo, el apoderado afirmó que desde la misma citación se observa que hoy no hay vigencia del amparo de cumplimiento del contrato, lo que quiere decir que si hoy no tiene vigencia el amparo que pretende afectarse, no podría proferirse válidamente un acto administrativo constitutivo de un siniestro y, en consecuencia, esa pretendida declaración de ocurrencia de un siniestro con cargo al amparo de cumplimiento del contrato sería una declaración absolutamente extemporánea.

Adicionalmente, el apoderado pidió que se verificaran las fechas de la póliza para darse cuenta de que ninguno de los amparos de cumplimiento, en ninguna de las vigencias modificadas al interior del contrato se encontraba vigente al momento en que se efectuó la citación.

Con base en lo expuesto el apoderado concluye que, para poder eventualmente declarar el siniestro con cargo al amparo de cumplimiento del contrato se debió haber proferido un acto administrativo que debió quedar en firme en la vigencia de la póliza de cumplimiento para que pudiera válidamente afectarse el mismo.

3. Prescripción de la acción derivada de la póliza de cumplimiento

Como último argumento, el apoderado sostuvo que hay una situación aún más evidente, también de fácil comprobación, y es que los compromisos adquiridos por el contratista y que se echan de menos en la citación con la cual se convocó a este proceso administrativo, son compromisos que quedaron claros desde el mes de febrero del año 2020, pues para el 20 de febrero de 2020 el contratista se había comprometido a realizar unos pagos correspondientes a la prestación que se echa de menos y que para ese momento ya estaba incumplida, razón por la que el contratista se comprometió a cumplir de otra manera, lo cual tampoco fue cumplido y eso se verifica en agosto del año 2020.

Es decir, desde febrero de 2020 la Agencia ya sabía que el contratista no había cumplido, tanto así que, se llegó a un compromiso el 20 de febrero de 2020 para cumplir con las prestaciones que se echan de menos, lo cual también es incumplido y verificado el 20 de agosto del mismo año. Lo que quiere decir que aquí hay irremediamente una prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro por una razón elemental, y es que si se pretendía declarar un incumplimiento desde el momento en el que se habría producido el hecho, aun entendiendo que pudiera hacerse por fuera de la vigencia de la póliza, habrían tenido dos (2) años desde el 20 de febrero de 2020 para declarar el incumplimiento, y resulta que a 14 de septiembre del año 2022 no se ha declarado el incumplimiento y tan sólo se está iniciando el debate sobre si se cumplió o no la obligación por parte del concesionario, lo que quiere decir que se dejaron pasar los dos (2) años con los que contaba la Entidad, de conformidad con el artículo 1081 del Código de Comercio para poder determinar si había o no un incumplimiento y en consecuencia prescribió irremediamente la acción derivada del contrato de seguro.

Escuchados los descargos del Garante, y agotada la recopilación de los elementos de prueba, se procede a resolver de fondo el asunto, previas las siguientes,

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Respetto de la competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, para emitir el presente acto administrativo

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

De allí que, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 otorgue “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.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

Por su parte, la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86, dispone el procedimiento que deben adoptar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios de este–, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, 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.

Mediante la Resolución No. 1493 de 9 de agosto de 2018, la ANI otorgó la concesión portuaria para embarcadero presentada por la Sociedad Portuaria Regional Pedro Marquinez Cuero S.A. cuyo objeto fue la rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura portuaria existente para la operación, administración y mantenimiento de un embarcadero marítimo en el Distrito de Buenaventura, para el manejo de carga general representada en madera, cemento y pesca al servicio de la comunidad de Buenaventura, para operar el muelle ubicado en el estero de San Antonio del municipio de Buenaventura Valle del Cauca.

Mediante acta de fecha 20 de marzo de 2019 se realizó la entrega a la Sociedad Portuaria Regional Pedro Marquinez Cuero S.A. de las zonas de uso público otorgadas en concesión. El 24 de abril de 2019, las partes suscribieron el acta de inicio de ejecución de la concesión conforme a la Resolución No. 1493 de 9 de agosto de 2018.

Mediante formato “*aprobación póliza*” del proceso de “*Gestión Contractual y Seguimiento de Proyectos de Infraestructura de Transporte*” del 16 de octubre de 2019, se dio la aprobación de las pólizas que amparan la concesión para embarcadero.

Mediante el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, modificado por el Decreto 746 de 2022, en el numeral 37 del artículo 11, en concordancia con lo dispuesto en la Resolución ANI 475 de 24 de agosto de 2012, se establece que serán funciones del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras, la de “*orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y, en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias*”, igualmente el numeral 19 del referido artículo 11 estableció como función del Presidente de la ANI “*Imponer multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos*”.

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución ANI No. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, el Presidente de la Agencia, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 211 de la Constitución Política de Colombia y el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, delegó en el “*En el Vicepresidente Jurídico y en el Gerente de Proyecto o Funcional Código G2 Grado 09 con funciones de Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, adelantar y decidir los procesos administrativos sancionatorios contractuales, 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 se impongan conforme la Ley 1437 de 2011*”.

Es por lo anterior que, respecto de la Concesión otorgada, la **ANI**, a través de esta Gerencia, tiene la competencia para, agotado el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, declarar incumplimientos contractuales, imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal, declarar un siniestro, y tasar perjuicios, según sea el caso.

4.2. Del problema jurídico a resolver

Definido el escenario fáctico y probatorio del asunto, y establecida la competencia de esta Gerencia para resolver la actuación, pasa el Despacho a concretar el problema jurídico a debatir.

Sobre el particular el Despacho encuentra que el problema jurídico se contrae a analizar si el concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A.** cumplió o no con las obligaciones establecidas en el artículo sexto y en el artículo octavo, numeral 8.2, de la Resolución No. 1493 del 09 de agosto de 2018, con relación al pago de la contraprestación, para determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento, y en ese caso, a analizar si como consecuencia de ello, procede o no la tasación de perjuicios, y en caso afirmativo, determinar si procede o no la declaración del siniestro de la Póliza No. 3000917 expedida por La Previsora S.A.

A fin de abordar el problema jurídico planteado, se examinará la concesión celebrada, su naturaleza, la responsabilidad que le asiste a las partes con ocasión de esta, para luego analizar las circunstancias que conllevaron al presunto incumplimiento informado por la Supervisión, y así concluir si hubo o no incumplimiento, y en caso afirmativo, si es imputable o no al Concesionario.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

Es importante agregar que, conforme a lo establecido en el artículo 42 del CPACA, el Despacho procederá a resolver en el presente Acto, todas las solicitudes que el Garante hubiese presentado en el curso de la actuación, y que se encuentren pendientes de decisión.

4.3. De la Resolución No. 1493 de 9 de agosto de 2018

Mediante oficio radicado ANI No. 2016-409-083107-2 del 16 de septiembre de 2016 la Sociedad Portuaria Regional Pedro Marquinez Cuero S.A., por medio de apoderado especial, solicitó a la Agencia la concesión para embarcadero marítimo en el Distrito de Buenaventura.

Mediante la Resolución No. 1493 de 9 de agosto de 2018, la ANI otorgó la concesión portuaria para embarcadero presentada por la Sociedad Portuaria Regional Pedro Marquinez Cuero S.A. cuyo objeto fue la rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura portuaria existente para la operación, administración y mantenimiento de un embarcadero marítimo en el Distrito de Buenaventura, para el manejo de carga general representada en madera, cemento y pesca al servicio de la comunidad de Buenaventura, para operar el muelle ubicado en el estero de San Antonio del municipio de Buenaventura Valle del Cauca.

4.4. De la naturaleza de la Concesión

De conformidad con lo indicado en la Resolución No. 1493 de 2018, la Concesión objeto de la misma se otorgó de conformidad con lo previsto en la Ley 1 de 1991; el numeral 5.2 del artículo 5 de la mencionada Ley establece que “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, 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”.

Por lo anterior, será en ese contexto que se analicen las obligaciones que se presumen incumplidas por la Sociedad Portuaria Regional Pedro Marquinez Cuero S.A. y que motivaron el presente proceso sancionatorio.

4.5. De las normas o cláusulas presuntamente incumplidas

Las obligaciones que se reputan como presuntamente incumplidas por parte del Concesionario, a partir de los hechos que generan el presunto incumplimiento y que fue advertido por la Supervisión, están establecidas en las siguientes cláusulas de la Resolución No.1493 de 2018:

- a. Artículo Sexto de la Resolución No.1493 de 2018, **Valor de la contraprestación y su liquidación**, que establece:

“(…) 6.1. ESQUEMA DE PAGO. - El valor promedio anual de la contraprestación por concepto de la zona de uso público corresponde a la suma de VEINTICUATRO MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (US 24. 586.00) constantes a diciembre de 2017; los cuales se distribuyen de la siguiente manera:

6.1.1 CONTRAPRESTACION POR EL USO Y GOCE TEMPORAL Y EXCLUSIVO DE LAS PLAYAS Y TERRENOS DE BAJAMAR: La SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A., pagará en promedio anual por el uso temporal y exclusivo de las playas y terreno de bajamar de la zona de uso público, la suma de CUATRO MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 4. 455.00) constantes a diciembre de 2017.

PARÁGRAFO PRIMERO – De dicho pago el 80% le corresponde a la Nación -Instituto Nacional de Vías-INVIAS y el 20% restante al Municipio de Buenaventura de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 1 de la ley 856 de 2003, que modificó el artículo 7º de la ley 7 de la ley 1 de 1991.

6.1.2. CONTRAPRESTACION POR EL USO Y GOCE TEMPORAL DE LA INFRAESTRUCTURA UBICADA EN LA ZONA DE USO PÚBLICO: La SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A., pagará en promedio anual por el uso temporal y exclusivo de la infraestructura ubicada en la zona de uso público, la suma de VEINTE MIL TREINTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD 20. 131.00) constantes a diciembre de 2017.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

PARÁGRAFO PRIMERO. – El 100% del valor de contraprestación por infraestructura le corresponde a la Nación -Instituto Nacional de Vías-INVIAS, de acuerdo con lo establecido en el inciso segundo del artículo primero de la Ley 856 de 2003.

PARÁGRAFO SEGUNDO. – **MONEDA DE LIQUIDACIÓN Y PAGO.** De acuerdo con lo establecido en el anexo 2 del CONPES y la Resolución No. 5394 del 2 de diciembre de 2013, expedida por el Ministerio de Transporte, por medio de la cual se establecen los parámetros de la fórmula de metodología para el cálculo del valor de la contraprestación de que trata el Plan de Expansión Portuaria “Política Portuaria para un País Moderno”, contenido en el documento CONPES 3744 del 15 de abril de 2013 adoptado mediante Decreto 1099 del 28 de mayo de 2013, se definieron los parámetros para el cálculo del componente fijo.”

(...)

PARÁGRAFO SEXTO. - Intereses de mora: En caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos serán liquidados a la tasa máxima legal permitida por el artículo 884 del Código de Comercio, sobre el valor en pesos de la obligación en mora liquidada a la tasa representativa del mercado -TRM – del Anexo 2 CONPES 3744 DE 2013.”

b. Artículo Octavo Resolución No. 1493 de 2018, Obligaciones de la sociedad concesionaria, que estipula:

“(…) 8.2 Pagar las contraprestaciones, de acuerdo con las disposiciones vigentes, dentro de los plazos correspondientes y allegar los soportes de la autoridad nacional y local competente (copia de la consignación, soportes de pago y/o paz y salvo de la respectiva autoridad).”

V. DE LA DECISIÓN, SU FUNDAMENTACIÓN Y ANÁLISIS DE DESCARGOS

5.1. Evidencia del incumplimiento contractual

5.1.1. Verificación del incumplimiento contractual

Teniendo en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente, aunado a que en ningún momento en la presente actuación se ha comprobado que el Concesionario realizó el pago de la contraprestación, para el Despacho es claro que el incumplimiento endilgado, consistente en el no pago de la contraprestación de la anualidad 2020, se encuentra demostrado a partir de las siguientes pruebas:

- El informe de la Supervisión radicado ANI No. **20223030089333 del 19 de julio de 2022**, señala que:

“(…) Mediante la expedición de la Resolución No. 1493 del 09 de agosto de 2018, la administración pública perseguía el cumplimiento de los fines estatales entre ellos, generar una eficiente prestación del servicio público en garantía del interés general, de acuerdo con el artículo primero de la citada resolución que señala “la rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura portuaria existente para la operación administración y mantenimiento de un embarcadero marítimo en el Distrito de Buenaventura, para el manejo de carga general representada en madera, cemento y pesca al servicio de la comunidad de Buenaventura, para operar el muelle ubicado en el estero de San Antonio del municipio de Buenaventura Valle del Cauca” así las cosas, mediante el referido acto administrativo, las partes ANI – y la Sociedad Portuaria Pedro Marquínez Cueros S.A. regularon la manera como se daría cumplimiento a las obligaciones y se llevaría a cabo la operación consistente básicamente en la utilización del embarcadero, para el manejo de cargue y descargue de carga general representada en madera, cemento y pesca al servicio de la comunidad de Buenaventura, de conformidad con la solicitud que en su momento presentó el Concesionario a través de la propuesta radicada con el No. 2016-409-083107-2 el 16 de septiembre de 2016.

No obstante lo anterior, desde el mes de marzo de 2020 el concesionario no ha dado cumplimiento al pago de la contraprestación de acuerdo con lo establecido en la metodología del CONPES 3744 de 2013, su Anexo 2 y Resolución 5394 de 2013 del Ministerio de Transporte, y que dio origen a la Resolución No. 1493 del 09 de agosto de 2018, sino que por el contrario, de acuerdo con los antecedentes expresados en este escrito, la Sociedad Portuaria Pedro Marquínez Cuero S.A. fue disuelta y liquidada de manera intempestiva y sin la autorización por parte de la Entidad. (...)”

- Memorando con radicado ANI No. 20213080028243 de fecha 2 de febrero de 2021, en donde el Grupo Interno de Trabajo Financiero 1 informó a la Gerencia de Proyectos Portuarios, el presunto incumplimiento respecto del pago de la contraprestación, así:



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

"(...) Mediante Acta de reunión del 20 de febrero de 2020, se efectuó revisión de la liquidación de la contraprestación 2020 de la sociedad portuaria Pedro Marquínez Cuero, entre el concesionario y la ANI, en la cual se establecieron unos compromisos por parte de la Sociedad Portuaria para efectuar el pago de la contraprestación liquidada.

Mediante oficio con radicado No. 2020-308-005878-1 del 21 de febrero de 2020, se envía oficio a Invias, con copia al concesionario, relacionado con los valores de la contraprestación 2020, a favor de Invias y del Municipio de Buenaventura, donde se adjunta copia del Acta de la reunión del 20 de febrero de 2020.

Mediante oficio con radicado No. 2020-308-013959-1 del 14 de mayo de 2020, esta gerencia envía a INVIAS, liquidación de la deuda con corte a 31 de mayo de 2020, de acuerdo con la solicitud de Invias realizada mediante correo electrónico del 20 de abril de 2020.

Mediante oficio con radicado No. 2020-308-031798-1 del 21 de octubre de 2020, esta gerencia, envía oficio a Invias, Municipio de Buenaventura y a la Sociedad Portuaria Pedro Marquínez Cuero con la liquidación de la deuda a 31 de octubre de 2020, donde se le manifiesta a la sociedad portuaria:

"Se requiere al concesionario informar y remitir autoliquidación y soportes de pago del saldo pendiente remitiendo los soportes al correo contactenos@ani.gov.co con copia a jbuitrago@ani.gov.co a más tardar el 02 de noviembre de 2020, esto sin perjuicio de las acciones que tanto las entidades recaudadoras (INVIAS y MUNICIPIO) como la ANI en el marco del contrato se realicen por el no cumplimiento de la obligación."

A la fecha la Sociedad Portuaria no se ha pronunciado con respecto al pago del saldo de la deuda por contraprestación de febrero de 2020 a favor de Invias o la presentación del Acuerdo de pago con el cual se había comprometido en la reunión del 20 de febrero de 2020, (...)."

- Memorando radicado ANI No. 20223080086413 de fecha 13 de julio de 2022, mediante el cual la Gerente GIT Financiero 1 VGC presentó concepto financiero de liquidación de la deuda por contraprestación e intereses moratorios de la Sociedad Portuaria Pedro Marquinez Cuero frente a la Resolución de Otorgamiento No. 1493 de 2018 –, en el cual se concluyó:

"(...) La sociedad portuaria Pedro Marquínez Cuero S.A. adeudaría a la Nación (INVIAS) de la anualidad 2020 un capital de CINCO MIL NOVECIENTOS NOVENTA DÓLARES CON CINCUENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR (USD 5.990,51) equivalentes a VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$22.447.893,30) M/Cte. a la TRM promedio del año inmediatamente anterior y la suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$13.603.308,86) M/Cte., correspondientes a intereses moratorios acumulados. Para un total adeudado de TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte.

En tanto que con el Municipio de Buenaventura tendría un saldo a su favor de DOSCIENTOS NOVENTA Y CINCO DÓLARES CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS DE DÓLAR (USD 295,76) equivalente a UN MILLÓN CIENTO OCHO MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS CON CINCUENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$1.108.283,54) M/Cte. a la TRM promedio del año inmediatamente anterior. (...)"

5.1.2. Persistencia del Incumplimiento

A la fecha no existe variación alguna en la situación de Incumplimiento del Concesionario a su obligación de pago de la contraprestación.

Estando a partir de las anteriores pruebas demostrado el incumplimiento objeto de reproche, y que a la fecha el mismo no ha cesado, se analizarán a continuación los argumentos de defensa propuestos por el Garante, a efectos de determinar si hay o no responsabilidad del concesionario, en su incumplimiento a la obligación de pagar la contraprestación de la anualidad 2020.

5.2. Análisis de los descargos

Previo al análisis propiamente dicho de los argumentos de defensa, es pertinente recordar que, 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", a la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

CUERO S.A. le fue otorgada por parte de la ANI, mediante la expedición de la Resolución No. 1493 de 9 de agosto de 2018, una concesión portuaria para la rehabilitación y mantenimiento de la infraestructura portuaria existente para la operación, administración y mantenimiento de un embarcadero marítimo en el Distrito de Buenaventura, para el manejo de carga general representada en madera, cemento y pesca al servicio de la comunidad de Buenaventura, para operar el muelle ubicado en el estero de San Antonio del municipio de Buenaventura Valle del Cauca.

En este orden de ideas, la concesión portuaria fue fruto de la construcción conjunta de un acuerdo de voluntades entre la ANI y el concesionario, que en el marco de lo dispuesto en la Ley 01 de 1991, establecieron sus reglas y/o pautas de conducta, bajo la premisa de que se cumpliría con todo aquello que se convino de manera consciente y libre.

Este sustrato contractual fue concretado en el ordenamiento jurídico, puntualmente 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*", y elevado a la categoría de principio en la contratación por la doctrina y la jurisprudencia en los siguientes términos "*lex contractus, pacta sunt servanda*".

Sobre los aspectos aquí expuestos el Consejo de Estado¹ se ha manifestado 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".

Con base en todo lo hasta aquí expuesto, es claro que la Concesión Portuaria objeto de estudio estableció como ley en su artículo sexto y octavo, que era una obligación del Concesionario pagar las contraprestaciones, de acuerdo con las disposiciones vigentes, dentro de los plazos correspondientes.

Dicha obligación, tal como se encuentra demostrado, se encuentra incumplida, conforme se probó dentro del proceso y se mencionó en los numerales 5.1.1 y 5.1.2 de este acto administrativo.

En tal sentido, se procederá al análisis de cada uno de los argumentos expuestos por la defensa del Garante.

5.2.1. Análisis de los Descargos de la Aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS

A continuación, se abordará el estudio de los argumentos de defensa expuestos por el apoderado de la compañía aseguradora, así:

a. Cuestiones Previas.

Pese a que en la sesión de instalación de audiencia el Despacho procedió a dar respuesta a las solicitudes previas elevadas por el apoderado de la Compañía Garante, a continuación, el Despacho procederá, en aras de verificar una correcta actuación administrativa, a analizar nuevamente las dos solicitudes previas elevadas.

1. Que se convoque a la audiencia a la persona que debe estar, ya sea el Contratista o, en el evento de estar liquidado, a los sucesores procesales sobre quien recaiga la responsabilidad.

¹ 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. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

Respecto a esta petición sostuvo el apoderado de la compañía garante la necesidad de convocar a este procedimiento administrativo a la sociedad Concesionaria o a sus sucesores procesales.

Al respecto, el Despacho debe señalar que, conforme a lo mencionado en el oficio de citación, y al Auto No. 20227070002396 de 14 de septiembre de 2022, mediante las cuales se incorporaron a la actuación administrativa los siguientes documentos:

- 1) Certificado de existencia y representación legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO, del 14 de septiembre de 2022.
- 2) Acta No. 059 del 29 de mayo de 2020, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A., donde se nombró al señor PEDRO HERNANDO MARQUÍNEZ SEGURA, como liquidador de dicha Sociedad.
- 3) Acta No. 060 del 3 de agosto de 2020, correspondiente a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A.

De tales documentos se observa, en primera medida, que en el Certificado de existencia y representación legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO, expedido el 14 de septiembre de 2022 por la Cámara de Comercio de Buenaventura, que la sociedad a la fecha se encuentra disuelta, liquidada y con cancelación de la persona jurídica, tal como se evidencia en las siguientes anotaciones traídas del Certificado:

“(…)

CERTIFICA – DISOLUCIÓN

POR ESCRITURA PUBLICA NÚMERO 1415 DEL 30 DE JUNIO DE 2020 DE LA NOTARIA 23 DEL CIRCULO DE CALI DE CALI, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 10008 DEL LIBRO XIII DEL REGISTRO MERCANTIL EL 30 DE JULIO DE 2020, SE DECRETÓ: DISOLUCION

CERTIFICA – LIQUIDACIÓN

POR ACTA NÚMERO 060 DEL 03 DE AGOSTO DE 2020 SUSCRITA POR ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 13339 DEL LIBRO IX DEL REGISTRO MERCANTIL EL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020, SE DECRETÓ: LIQUIDACION

CERTIFICA – CANCELACIÓN

POR ACTA NÚMERO 060 DEL 03 DE AGOSTO DE 2020 SUSCRITA POR ASAMBLEA EXTRAORDINARIA, REGISTRADO EN ESTA CÁMARA DE COMERCIO BAJO EL NÚMERO 61104 DEL LIBRO XV DEL REGISTRO MERCANTIL EL 22 DE SEPTIEMBRE DE 2020, SE INSCRIBE: CANCELACION PERSONA JURIDICA. (…)”

Así pues, lo primero que el Despacho debe señalar es que ante la cancelación de la persona jurídica existe la imposibilidad de citar a esta actuación administrativa a la sociedad Concesionaria SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A., tal y como se indicó en la Citación a la Audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Aunado a ello, debe indicarse que verificadas el Acta No. 059 del 29 de mayo de 2020, correspondiente al acta de la sesión de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A., en la cual se aprobó la disolución anticipada de la mencionada Sociedad y se nombró al señor PEDRO HERNANDO MARQUÍNEZ SEGURA, como liquidador de la misma, y el Acta No. 060 del 3 de agosto de 2020, correspondiente al acta de la sesión de la Asamblea Extraordinaria de Accionistas de la Sociedad Pedro Marquinez Cuero S.A. en la que se aprobó la liquidación de la sociedad sin que se hiciera referencia alguna a la existencia de sucesores procesales por parte de la sociedad extinguida, resulta evidente que la citación a la presente audiencia únicamente podía realizarse a la compañía aseguradora, y no se realizó de manera arbitraria ni caprichosa por parte del Despacho y mucho menos por una falta de diligencia de la Agencia en buscar o encontrar los sucesores del Concesionario, sino como consecuencia de la liquidación de la Sociedad Concesionaria y la no existencia de un sucesor de sus responsabilidades.

Por lo anterior, el Despacho reitera que ante la inexistencia en la vida jurídica de la Sociedad Concesionaria y no conociéndose por medios razonables y válidos la existencia de sucesores procesales de la misma, es que únicamente se ha citado y convocado a este procedimiento administrativo a la Compañía Aseguradora, en su calidad de garante de la concesión aquí referida.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

2. Determinar el estado jurídico del contratista para determinar si esta disuelto y liquidado, y si está liquidado en cabeza de quien están sus derechos y obligaciones.

Frente a esta cuestión debe indicarse, como se observó en el aparte anterior que, tal y como fue informado en el oficio de citación y como se evidencia en el Certificado de existencia y representación legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO, expedido 14 de septiembre de 2022 por la Cámara de Comercio de Buenaventura obrante en el expediente, la Sociedad Portuaria se encuentra disuelta, liquidada y con cancelación de la persona jurídica.

Si a lo anterior se agrega que no existe sucesor de la Sociedad Portuaria, es evidente que no hay lugar a convocarse a nadie más que al garante del Concesionario, a la presente actuación administrativa.

Por todo lo expuesto advierte el Despacho que no existen situaciones procedimentales que puedan atentar o amenazar la legalidad de la presente actuación.

Así resueltas las cuestiones previas planteadas por el apoderado del garante, pasa el Despacho a desatar los argumentos de descargos.

b. Argumentos de descargos.

1. La póliza de cumplimiento no ampara la obligación, sino que ampara la responsabilidad derivada de la inobservancia de esa obligación.

Lo primero a señalar es que en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Agencia cuenta con la potestad legal para cuantificar los perjuicios de manera autónoma, tal y como jurisprudencialmente ha sido reconocido en la sentencia de constitucionalidad C-499 de 2015, en donde se señaló específicamente por la Corte Constitucional lo siguiente:

"(...) en el contexto de los contratos estatales, un trato especial en favor de las entidades estatales, para permitirles, en caso de declararse el incumplimiento del contrato por parte del contratista, cuantificar los perjuicios que de él se deriven, en el marco de un procedimiento administrativo reglado, que prevé su audiencia y participación, y con fundamento en las pruebas en él practicadas, para luchar contra la corrupción y para garantizar la protección efectiva del interés general, tiene justificación constitucional y, en consecuencia, no desconoce ni el preámbulo ni los artículos 13, 29, 83 y 228 de la Constitución. (...)" (Subrayado fuera del texto original)

En el caso bajo estudio, el Despacho debe indicar que los perjuicios causados, contrario a lo afirmado por el Garante, han sido cuantificados y acreditados en esta actuación administrativa, en ejercicio de la facultad que ha sido conferida a esta Entidad, en los términos del artículo y de la sentencia antes referidos.

Ahora bien, sobre la cuantificación de perjuicios en la presente actuación debe señalarse que desde el oficio de citación² a esta audiencia, la Entidad puso en conocimiento de la Aseguradora, que una de las consecuencias que se podrían derivar de la actuación era "(...) la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución de Concesión Portuaria No. 1493 de 2018 (...)"

Igualmente, con el material probatorio incorporado en la misma citación se puso de presente el incumplimiento del Concesionario en el pago de la contraprestación del año 2020, específicamente con el Memorando No. 20223080086413 de fecha 13 de julio de 2022, se evidenció la situación de no pago de la contraprestación por parte del Concesionario, prueba que en su momento fue puesta en conocimiento del Garante, y a la fecha no hay constancia en el proceso que dicha situación hubiese variado.

Así mismo, este Despacho debe resaltar que con ocasión del incumplimiento de la obligación del pago de la contraprestación para el año 2020 por parte de la Sociedad Concesionaria, se generó la consecuencia consagrada en el parágrafo sexto de la Resolución No. 1493 de 2018, que establece:

"Intereses de mora: En caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos serán liquidados a la tasa máxima legal permitida por el artículo 884 del código de Comercio, sobre el valor en pesos de la obligación en mora liquidada a la tasa representativa del mercado - TRM - del Anexo 2 CONPES 3744 DE 2013."

Así las cosas, el Despacho debe indicar que conforme al Memorando radicado ANI No. 20223080086413 de fecha 13 de julio de 2022, la Supervisión señaló:

² Radicado ANI No.: 20227070261771 del 29 de agosto de 2022



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

"(...) Así, a 31 de julio de 2022, la Sociedad Portuaria Pedro Marquinez Cuero adeudaría de la anualidad 2020 por capital a INVIAS la suma de USD 5.990,51 equivalentes a VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$22.447.893,30) M/Cte. a la TRM promedio del año inmediatamente anterior y la suma de TRECE MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$13.603.308,86) M/Cte., correspondientes a intereses moratorios acumulados. Para un total adeudado de **TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte. (...)**"

De lo hasta aquí expuesto, para el Despacho resulta evidente que la demostración del incumplimiento por parte del Concesionario y del perjuicio derivado del mismo no requiere de un ejercicio exhaustivo, riguroso y técnico, por el contrario, toda vez que la obligación incumplida se trata del pago de una suma de dinero determinable en una fecha fijada contractualmente y cuya mora o retardo generó unos intereses a cargo del Concesionario, la determinación del perjuicio simplemente corresponde a la suma de dinero adeudada y a los intereses generados por la mora en el pago de esta. Por tanto, la posición del Garante en sostener que dentro de la presente actuación no se probó la existencia de un perjuicio, es desconocer la naturaleza de la concesión portuaria y la obligación misma que se reprocha incumplida.

En este punto, es oportuno traer a colación que la Ley 1 de 1991 define la concesión portuaria como un contrato administrativo, en virtud del cual la Nación 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.**

Resulta entonces que el pago de la contraprestación resulta ser una de las principales obligaciones del contrato de concesión, es un elemento esencial de este, y su incumplimiento claramente origina un perjuicio para la Nación, porque la administración dejó de recibir el pago que le corresponde, en retribución por el otorgamiento de la concesión.

Con base en lo expuesto, el Despacho advierte que no es de recibo el argumento del Apoderado, teniendo en cuenta que está demostrado que el Concesionario no efectuó el pago de la contraprestación a la que tiene derecho la Nación – INVÍAS, como consecuencia de la concesión otorgada, en tanto como ya se expresó, la contraprestación es el pago que se espera por el otorgamiento de una concesión y su no pago es indiscutible que causó un perjuicio a la Nación – INVÍAS.

En tal sentido, para el Despacho el argumento expuesto por el Apoderado de la Compañía aseguradora no está llamado a prosperar, ya que estando probado el Incumplimiento del Concesionario a su obligación de pago de la contraprestación, y estando igualmente probado que dicho incumplimiento generó unos perjuicios a la Nación – INVÍAS, es claro que estamos ante uno de los eventos que ampara el seguro de cumplimiento expedido por La Previsora, en tanto, como se expondrá a continuación, el amparo de cumplimiento cubre precisamente a las entidades estatales contratantes, de los perjuicios derivados del Incumplimiento de sus contratistas.

En efecto, el Despacho analizará las disposiciones legales que regulan el contrato de seguro cuando el beneficiario es el Estado y, en consecuencia, encuentra pertinente hacer alusión a la naturaleza del contrato de concesión que hoy nos ocupa, pues se enmarca, según la Corte Constitucional³ en aquellos contratos que promueven el bienestar común y sirven de vehículo para el cumplimiento de los fines del Estado:

"En materia contractual, la Corte Constitucional ha manifestado que el debido proceso debe ser observado teniendo en cuenta que las actuaciones contractuales de las entidades estatales deben estar orientadas al cumplimiento de los fines estatales y constitucionales, y en consecuencia, dichos negocios jurídicos están al servicio del interés general y no constituyen por sí mismos una finalidad, sino que representan un medio para la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz. En esta medida, constituye parte integral del respeto al debido proceso de los contratistas que las actuaciones contractuales respondan a un interés general."

En ese sentido, el Decreto 1082 de 2015 hizo referencia a las garantías que deben amparar este tipo especial de contratos; por ello en su artículo 2.2.1.2.3.1.7., respecto de la garantía de cumplimiento de contratos estatales, preceptuó:

"ARTÍCULO 2.2.1.2.3.1.7. Garantía de cumplimiento. La garantía de cumplimiento del contrato debe cubrir:
(...)"

³ Sentencia T-229/16



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

3. Cumplimiento del contrato. Este amparo cubre a la Entidad Estatal de los perjuicios derivados de:

- 3.1. El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
- 3.2. El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista;
- 3.3. Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; y
- 3.4. El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria. (...)"

Del artículo antes aludido, se tiene que la garantía de cumplimiento que se expida y que tenga como beneficiario una Entidad Estatal debe contar con los amparos referenciados. A partir de esto se procede a analizar la fuente que permitió a la ANI considerar la posibilidad de perseguir, a través de esta actuación sancionatoria, el pago de los perjuicios derivados por el incumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación.

En materia contractual y, por tratarse de una materia especial, no existe regulación específica. Sin embargo, el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 permitió realizar una remisión normativa a las reglas de derecho privado sobre la materia, es por ello por lo que, este Despacho se referirá al artículo 1617 del Código Civil que, sobre la mora en las obligaciones dinerarias, mencionó:

"indemnización por mora en obligaciones de dinero

Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas."

Así mismo, en ejercicio de la mencionada autonomía de la voluntad, como ya se indicó, las partes en la Resolución de concesión acordaron intereses de mora, en el párrafo sexto del artículo sexto de aquél, en los siguientes términos:

"PARÁGRAFO SEXTO Intereses de mora: *En caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos serán liquidados a la tasa máxima legal permitida por el artículo 884 del código de Comercio, sobre el valor en pesos de la obligación en mora liquidada a la tasa representativa del mercado -TRM – del Anexo 2 CONPES 3744 DE 2013 (...)"*

En ese orden de ideas, tal como se pone en evidencia, la Resolución de concesión reguló de manera expresa, que existirían intereses de mora cuando se presentara incumplimiento o retardo en la obligación en el pago de la contraprestación a cargo del concesionario.

A partir de tales acuerdos expresamente previstos en la Resolución de concesión y, en atención a que la póliza de seguro que se pretende afectar, cubre precisamente los perjuicios derivados del incumplimiento del contrato en todas sus partes, no puede desligarse que el no pago de la suma por concepto de contraprestación y los intereses de mora generados por ese no pago, corresponden a una obligación del concesionario, que, al no ser satisfecha, como es el caso presente, debe dar lugar a que el garante indemnice los perjuicios que dicho incumplimiento produce, y es, por tanto, objeto de amparo el valor de la contraprestación no pagada, y sus correspondientes intereses moratorios, en la medida que ello constituye justamente el perjuicio derivado de la obligación cuyo incumplimiento se reprocha.

Por todo lo expuesto, no resulta de recibo el argumento propuesto.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

2. El acto administrativo producto de la actuación es un acto constitutivo de siniestro y en este caso, el siniestro se encuentra por fuera de la vigencia de la garantía de cumplimiento.

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 seguro⁴, 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.⁵ Esa realización del riesgo, en general, tiene lugar en el momento en que ocurre el hecho que produjo el siniestro.

Pero en el caso de los contratos estatales, el Decreto 1082 de 2015, concretamente en el artículo 2.2.1.2.3.1.19., establece que la Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas así:

"Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías. 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 fuera de texto)*

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 declara mediante un acto administrativo la caducidad del contrato o impone las multas del caso.

La razón por la cual la norma establece esa diferenciación con el 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.

Ahora bien, cuando se trata de declarar el incumplimiento e imponer perjuicios, como en el caso presente, la expedición del acto administrativo que declare el incumplimiento del contrato NO es un acto constitutivo de siniestro, sino declarativo del mismo, en tanto, como lo indica la referida disposición normativa, ese acto se entienda como la reclamación ante la compañía aseguradora.

Así las cosas, este Despacho debe destacar que el entendimiento del siniestro, en tratándose de contratación estatal, surge en un momento muy distinto, en tanto se entiende que apenas tiene lugar con el acto administrativo que declara la caducidad o impone la multa. No obstante, cuando se trata de la declaratoria de incumplimiento diferente a la caducidad y/o a la imposición de multas, solo en ese evento, sí se entiende que el siniestro ocurre desde el momento en que tuvo lugar el incumplimiento, y no desde la expedición del acto administrativo que declare esa situación. En este sentido, es claro que en ese último evento el acto administrativo por medio del cual la entidad estatal declare la ocurrencia del siniestro deberá producirse en los dos años siguientes al momento en que tenga lugar el incumplimiento.

Ahora bien, para el caso en concreto debe tenerse en cuenta que el incumplimiento consiste en que el Concesionario se abstuvo de pagar el valor de la contraprestación para el año 2020, estando obligado a hacerlo hasta el último día de vencimiento del plazo contractual de concesión, es decir, hasta el 22 de septiembre de 2020, lo que significa que el incumplimiento del concesionario, de no pagar la contraprestación, apenas se volvió definitivo el 22 de septiembre de 2020, inclusive, fecha en la cual se declaró la terminación anticipada de la concesión portuaria para embarcadero otorgada a la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUÍNEZ CUERO S.A. mediante Resolución 1493 del 09 de agosto de 2018, con motivo de la configuración de una causal que da lugar a ello, específicamente por la liquidación y cancelación de la persona jurídica del concesionario.

Dicho lo anterior, debe indicarse que la Póliza de cumplimiento No. 3000917, la cual fue expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, póliza de seguro que ampara el cumplimiento de las

⁴ Artículo 1045 del Código de Comercio.

⁵ Artículo 1054 del Código de Comercio.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

obligaciones contenidas en la Resolución de concesión, amparo este constituido a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, el Instituto Nacional de Vías y el Municipio de Buenaventura, de conformidad con el Certificado No. 4 tenía una vigencia hasta el 24 de octubre de 2021, como se evidencia a continuación:

POLIZA N° 3000917			LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT. 860.002.400-2								 PREVISORA SEGUROS						
2 SEGURO CUMPLIMIENTO POLIZA UNICA A FAVOR DE ENTIDADES ESTATALES																	
SOLICITUD DÍA MES AÑO			CERTIFICADO DE MODIFICACIÓN				N° CERTIFICADO		CIA. PÓLIZA LÍDER N°			CERTIFICADO LÍDER N°		A.P.			
12 6 2019							4							NO			
TOMADOR 2287633-SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUEZ CUERO S. A.										NIT 800.176.971-4							
DIRECCIÓN CRA 83A # 15-46 B/ INGENI II, CALI, VALLE DEL CAUCA										TELÉFONO 2425381							
ASEGURADO 1158687-AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA										NIT 830.125.996-9							
DIRECCIÓN CL 24 A N° 59 42, BOGOTA, CUNDINAMARCA										TELÉFONO							
EMITIDO EN CALI				CENTRO OPER	SUC.	EXPEDICIÓN			VIGENCIA						NÚMERO DE DIAS		
MONEDA Pesos						DÍA	MES	AÑO	DÍA	MES	DESDE AÑO	A LAS	DÍA	MES	HASTA AÑO	A LAS	
TIPO CAMBIO 1,00				404	4	12	6	2019	24	4	2019	00:00	24	4	2024	00:00	1827
CARGAR A: SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUEZ CUERO S. A.									FORMA DE PAGO			VALOR ASEGURADO TOTAL					
									4. 30 DIAS			\$163.845.367,00					
BENEFICIARIOS: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA NIT: 830.125.996-9																	
No. Amparo Valor Asegurado AcumVA Vig. Desde Vig. Hasta										Prima							
1 CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO 78.817.108,00 SI 24/04/2019 24/10/2021										0,00							
2 PAGO DE SALARIOS PRESTACI 6.211.151,00 SI 24/04/2019 24/04/2024										0,00							
3 CALIDAD DEL SERVICIO 78.817.108,00 SI 24/04/2019 24/04/2023										0,00							
CUP-010-03 PÓLIZA ÚNICA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO PARA CONTRATOS ESTATALES A FAVOR DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI																	
TOMADOR: SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUEZ CUERO S.A. NIT. 800.176.971-4																	
ASEGURADO y/o BENEFICIARIO: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA ANI - MINISTERIO DE TRANSPORTE - INSTITUTO NACIONAL DE VIAS INVIAS. - MUNICIPIO DE BUENAVENTURA.																	

En este sentido, se debe destacar que en tanto el incumplimiento definitivo se concretó el 22 de septiembre de 2020, esto es, el último día de ejecución del contrato, y en tanto el seguro de cumplimiento expedido por el Garante cubre todo el tiempo de ejecución contractual, es claro que el siniestro tuvo lugar en vigencia de la Póliza No. 3000917 expedida por la compañía aseguradora LA PREVISORA S.A. COMPAÑIA DE SEGUROS, que amparaba el cumplimiento del contrato.

Así las cosas, el Despacho entiende que con sujeción estricta a lo postulado en el Decreto 1082 de 2015, el presente Acto Administrativo, contrario a lo argumentado por el apoderado de la compañía aseguradora, es un Acto Administrativo declarativo y no constitutivo del siniestro, por cuanto en el mismo se hace la reclamación efectiva a la compañía de seguros de los perjuicios derivados del incumplimiento generado por la sociedad concesionaria.

Por todo lo expuesto, no resulta de recibo el argumento propuesto.

3. Prescripción de la acción derivada de la póliza de cumplimiento

El apoderado del garante señala en este punto que en el presente caso ha operado la prescripción de las acciones del contrato de seguro, según lo dispuesto en el artículo 1081 del Código de Comercio, en tanto han transcurrido más de los dos años de la prescripción ordinaria.

Al respecto es oportuno recordar que el aludido artículo 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 (...)*”. Sobre la prescripción extraordinaria, establece que: “(...) *será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. (...)*”.

Bajo esta premisa inicial 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 y beneficiaria se convierte en acreedora frente a un eventual incumplimiento contractual del Concesionario. De allí que la valoración que se



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 "POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E" Fecha: 21-09-2022

haga de las instituciones del contrato de seguro no puede realizarse bajo el rasero común del derecho privado, pues la entidad estatal 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 en los 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.

Tal como se mencionó y analizó en el argumento anterior, en el presente caso nos encontramos ante un incumplimiento del Concesionario que solo se configuró como definitivo el 22 de septiembre de 2020, lo que significa que el incumplimiento del concesionario, *de no pagar la contraprestación*, se dio el 22 de septiembre de 2020, fecha en la cual se declaró la terminación anticipada de la concesión portuaria para embarcadero otorgada a la SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUÍNEZ CUERO S.A. mediante Resolución 1493 del 09 de agosto de 2018, con motivo de la configuración de una causal que da lugar a ello, específicamente por la liquidación y cancelación de la persona jurídica del concesionario, y por tanto es desde esa fecha que se debe iniciar el computo del plazo de prescripción fijado en el artículo 1081 del Código de Comercio, en tanto solo desde ese día es posible afirmar que el concesionario incumplió de manera definitiva su obligación, y solo desde ese día puede la Agencia iniciar una actuación tendiente a que se indemnicen los perjuicios causados por el Incumplimiento, porque solo a partir de esa fecha el pago de la contraprestación dejó de ser conminable.

Para el Despacho, es claro que apenas con la terminación anticipada del contrato, el día 22 de septiembre de 2020, se materializó el perjuicio derivado del incumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación del año 2020, esto es el valor de la contraprestación adeudada propiamente y los intereses moratorios causados. Lo anterior, cobra relevancia en el entendido que previo a la terminación del plazo de concesión la Agencia únicamente podía conminar al Concesionario al pago de la contraprestación y reclamar como perjuicios los intereses moratorios, pero a partir de la terminación del contrato, la Agencia puede perseguir como indemnización el valor del pago de la contraprestación, por el Incumplimiento en el pago de la contraprestación.

En el caso presente, la Entidad cuenta con el limitante temporal descrito en el artículo 1081 del Código de Comercio para expedir el acto administrativo que declare el incumplimiento, cuantifique los perjuicios y siniestre la póliza. Es decir que, la Administración cuenta con dos años para hacerlo, evitando así que prescriba el seguro de cumplimiento. En efecto, si el incumplimiento se dio hasta el 22 de septiembre de 2020, inclusive, es claro que los dos años de la prescripción ordinaria van hasta el 22 de septiembre de 2022.

Ahora bien, el Despacho debe pronunciarse respecto a la necesidad que dentro de esos dos años que señala el artículo 1081 del Código de Comercio, no solamente debe expedirse y notificarse el acto administrativo que declare el incumplimiento y cuantifique los perjuicios, sino que incluso debe quedar en firme.

Al respecto debe indicarse en este punto que, tal como se ha desarrollado jurisprudencialmente por la Sección Tercera del Consejo de Estado, que es la encargada de administrar justicia en todo lo relacionado con la contratación estatal (tema que nos ocupa) basta con que el siniestro haya sido declarado por la Administración dentro del término fijado en el artículo 1081 del Código de Comercio, para entender que no ha operado la prescripción. En efecto, en sentencia de abril 22 de 2009 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 14.667, Consejera Ponente: Miryam Guerrero de Escobar, se señaló:

"(...) De lo anteriormente expuesto se colige que la Administración tiene como termino máximo para declarar el siniestro, el de dos años después de haber tenido conocimiento de la ocurrencia de los hechos constitutivos del mismo, de tal suerte que expedido el acto administrativo que lo declara y ejecutoriado el mismo, mediante el agotamiento de la vía gubernativa, empezará a correr el término de los dos años que la ley ha previsto para el ejercicio de la acción contractual. Lo anterior no significa que el acto administrativo que declara el siniestro deba encontrarse en firme dentro de los dos años siguientes al conocimiento del hecho por parte de la Administración, sino basta con que haya sido declarado por ella dentro de este término; lo contrario significaría limitar la competencia de la Administración para expedir el acto. (...)"

Dicha posición se reiteró en sentencia de noviembre 26 de 2015 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente 53.914, Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la que se indicó:

"(...) Así las cosas, se infiere que el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C. Co., no significa que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme dentro de ese período, solo se



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

*requiere, entiéndase bien, que durante ese término de vigencia de la póliza haya ocurrido el siniestro y que la Administración lo haya declarado mediante acto administrativo a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento de la realización del riesgo amparado.
(...)*

Con otras palabras, el término establecido de dos años para que opere la prescripción ordinaria aludido por el artículo 1081 del C.Co., no puede entenderse como que el acto administrativo que declara el siniestro debe quedar en firme o ejecutoriado dentro de ese período (...).”

Así las cosas, el Despacho debe indicar que en tanto el presente Acto Administrativo se expide dentro del término de los dos años de la prescripción ordinaria del artículo 1081 del Código de Comercio, el argumento de prescripción ordinaria de la acción del seguro no está llamado a prosperar, en tanto es claro que en el presente caso no ha operado la prescripción del contrato de seguro.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos expuestos en los descargos logró desvirtuar el Incumplimiento del Concesionario, pasa el Despacho a pronunciarse sobre las consecuencias de dicha Incumplimiento.

VI) DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO

6.1. De la Tasación de Perjuicios

En el Oficio de citación No. 20227070261771 del 29 de agosto de 2022 se estableció, conforme a la Resolución No. 1493 de 2018, que una de las consecuencias que se podría derivar del procedimiento administrativo es la cuantificación de los perjuicios correspondiente al valor de la contraprestación adeudada por el concesionario para la anualidad 2020 y los intereses moratorios respectivos, de conformidad con el parágrafo sexto del artículo sexto de la Resolución No. 1493 de 2018.

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 Sentencia C-499/15, de la Corte Constitucional, en la que analizó la exequibilidad de tal potestad.

Para la Corte Constitucional, la cuantificación de perjuicios tiene la finalidad general de luchar contra la corrupción y 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, finalidades que no están prohibidas por la constitución, por cuanto ambas son legítimas. Es así como, con el objeto de materializar las finalidades mencionadas, 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 surtido el procedimiento administrativo establecido.

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 que, por lo tanto, 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 y con el deber de dar cuenta de su decisión.

Sobre este aspecto la Sentencia C-499/15 planteó que:

“(...) 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



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

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 prejuicios 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, en consecuencia, la generación de perjuicios por ese incumplimiento. Razón por la cual la entidad debe, primero, determinar el incumplimiento, y posteriormente, una vez se encuentre probado la existencia de los perjuicios cuantificar los mismos, los cuales serán declarados 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.

Establecida la competencia de la Entidad para la tasación de perjuicios, es menester entrar a analizar el régimen legal que sustenta la existencia de perjuicios.

Tal como se mencionó anteriormente, conforme al artículo 1602 del Código Civil, el contrato se constituye en ley para las partes y, por virtud del artículo 1494 en fuente de obligaciones. Por lo tanto, las partes se obligan al cumplimiento recíproco de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo de voluntades en la forma y oportunidad prevista y ante su incumplimiento, la parte incumplida se constituirá en mora⁶.

Es así como de acuerdo con la lectura del artículo 1617 del Código Civil, al referirse a la indemnización por mora en obligaciones de dinero, señala que, si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

“1a.) Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes en ciertos casos.

El interés legal se fija en seis por ciento anual.

2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

3a.) Los intereses atrasados no producen interés.

4a.) La regla anterior se aplica a toda especie de rentas, cánones y pensiones periódicas.”

Expuesto lo precedente, frente al caso en concreto, este Despacho encuentra que, con ocasión del incumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación para el año 2020 por parte de la Sociedad Concesionaria, hay lugar a la aplicación del artículo previamente transcrito, al igual que se generó la obligación consagrada en el parágrafo sexto del artículo sexto de la Resolución No. 1493 de 2018, que establece el pago de intereses de mora.

Así las cosas, el Despacho debe indicar que, conforme a la solicitud de inicio, la supervisión señaló que, a 31 de julio de 2022, se estiman como perjuicios los siguientes valores:

Concepto	Valor
Contraprestación del año 2020 INVIAS	VEINTIDOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y TRES PESOS CON TREINTA CENTAVOS (\$22.447.893,30)

⁶ Código civil. Artículo 1608. *Mora del deudor.* El deudor está en mora:
1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.
2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.
3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.



RESOLUCIÓN No. 20227070014985 “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: 21-09-2022

Intereses moratorios contraprestación año 2020, (Con corte al 31 de julio de 2022)	TRECE MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL TRESCIENTOS OCHO PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS (\$13.603.308,86) M/Cte
Total	TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte.

VI) SOBRE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO Y SU AFECTACIÓN

Con ocasión de la declaración de incumplimiento y su consecuente tasación de perjuicios, es procedente afectar la póliza de cumplimiento No. 3000917, la cual fue expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, póliza de seguro que ampara el cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución de concesión, amparo este constituido a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, el Instituto Nacional de Vías y el Municipio de Buenaventura, en las condiciones establecidas en dicha póliza.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento de la **SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A.**, de las obligaciones contenidas en los artículos sexto y octavo de la Resolución No. 1493 del 9 de agosto de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. CUANTIFICAR E IMPONER el pago de los perjuicios causados por valor de **TREINTA Y SEIS MILLONES CINCUENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DOS PESOS CON QUINCE CENTAVOS (\$36.051.202,15) M/Cte.**, los cuales corresponden al Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, de acuerdo con la parte considerativa de la presente Resolución.

Dicho valor deberá ser cancelado dentro de los diez (10) días siguientes a la firmeza de la presente Resolución, so pena de generarse los correspondientes intereses moratorios.

ARTÍCULO TERCERO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE CUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de cumplimiento No. 3000917, expedida por LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, en la que actúa como tomador y afianzado la **SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A.**, y como asegurado la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA –ANI**, y el **INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS**, y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones contenidas en la Resolución No. 1493 de 2018, hasta el valor asegurado en el amparo de cumplimiento.

ARTÍCULO CUARTO. En firme la 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 Buenaventura y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación.

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

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

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

ARTÍCULO OCTAVO. Enviar copia ejecutoriada de la presente resolución al Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI para el cobro y trámites a que haya lugar.

ARTÍCULO NOVENO. ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta decisión.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE
Dada en Bogotá D.C., a los 21-09-2022



Documento firmado digitalmente



RESOLUCIÓN No. **20227070014985** “POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE DE FONDO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA QUE SE ADELANTA EN CONTRA DE LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PEDRO MARQUINEZ CUERO S.A. DE LA OBLIGACIÓN RELACIONADA CON EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN PREVISTA EN LA RESOLUCIÓN NO.1493 DEL 9 DE AGOSTO DE 2018 DE LA CONCESIÓN PARA EMBARCADERO. EXPEDIENTE: 20227070320700045E” Fecha: **21-09-2022**

EDUARDO DURÁN MONTOYA
Coordinador G.I.T. Procesos Sancionatorios Contractuales
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Revisó: Viviana Andrea Velásquez Rodríguez - Abogada – GIT Procedimientos Sancionatorios Contractuales
Proyectó: Andrés Felipe Ramírez Jaramillo – Abogado GIT Procesos Sancionatorios Contractuales



Documento firmado digitalmente



 Agencia Nacional de Infraestructura	SISTEMA INTEGRADO DE GESTIÓN		Código: GEJU-F-030
	PROCESO	GESTIÓN JURÍDICA	Versión: 001
	FORMATO	CONSTANCIA DE EJECUTORIA	Fecha: 14/07/2017

Radicado ANI No.: 20221010131469



Fecha: 04-11-2022

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

Se hace constar que el(a) **Resolución No. 20227070014985** expedida(o) el **miércoles 21 de septiembre 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 **viernes 04 de noviembre de 2022**, por haberse resuelto y notificado el recurso de reposición mediante **Resolución No. 20227070017885** expedida(o) el **jueves 03 de noviembre de 2022**.

Fecha para contabilizar Términos: **jueves 03 de noviembre de 2022**

La presente constancia se expide en Bogotá D.C., **viernes 04 de noviembre de 2022.**

FERNANDO AUGUSTO RAMÍREZ LAGUADO
VICEPRESIDENTE JURÍDICO

Anexos: SOPORTES

cc:

VoBo:
Nro Rad Padre: 20227070014985
Nro Borrador: 20221010067398

FERNANDO AUGUSTO RAMIREZ LAGUADO
2022.11.04 17:29:31

Firmado Digitalmente

CN=FERNANDO AUGUSTO RAMIREZ LAGUADO
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA
E=framirez@ani.gov.co

Llave Pública

RSA/2048 bits