

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20237070013805



Fecha: 25-10-2023

“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado en contra de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación, año 2022, prevista en el capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1 del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021. Expediente No. 20227070320700067E”

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

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones Nos. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, 2042 del 7 de noviembre de 2018, 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 de 20 de febrero de 2020 de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que rige este tipo de procedimientos, procede a adoptar una decisión de fondo dentro del procedimiento administrativo sancionatorio adelantado contra la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., por presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación, año 2022, prevista en el capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1 del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021. Expediente 20227070320700067E.

CONSIDERANDO

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

I.1 En calidad de investigado

El contratista Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., identificado con Nit. 900.739.289-9, en virtud del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021.



I.2 En calidad de garante

Las aseguradoras:

SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con Nit. 860.009.578-6, garante del Contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, según póliza de Cumplimiento Entidad Estatal No. 21-44-101341212, en coaseguro con participación del 70%.

NACIONAL DE SEGUROS S.A., identificada con Nit.860.002.527-9, garante del Contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, según póliza de Cumplimiento Entidad Estatal No. 21-44-101341212, en coaseguro con participación del 30%.

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

2.1 DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

2.1.1 Mediante memorando con radicado ANI No. 20223030116713 del 26 de septiembre de 2022, el Vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura, solicitó el inicio formal del procedimiento administrativo sancionatorio contractual en contra de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación, año 2022.

2.1.2 Con memorando con radicado ANI No. 20227070352651 de 03 de noviembre de 2022, la Coordinación del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales procedió con la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tanto al Contratista como a los Garantes, diligencia que fue fijada para el día 22 de noviembre de 2022, a las 2:00 p.m., para el efecto fue remitida mediante mensaje de datos la citación y sus anexos¹.

2.1.3 El día 22 de noviembre de 2022, en cumplimiento de la citación a audiencia, mediante conexión por la aplicación Microsoft Teams, se hizo presente el Coordinador del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la ANI y con la participación de los apoderados de la concesionaria y de los Garantes se llevó a cabo la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en virtud de lo previsto en su literal (b), se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse en desarrollo de la actuación, todas consignadas en la citación a audiencia y que se circunscriben, al presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación, año 2022, prevista en el capítulo IV, Numeral 4.2 del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021.

Seguidamente se le concedió el uso de la palabra a la apoderada del Concesionario, quien informó de la imposibilidad de acceso a los anexos de la citación, lo cual a su vez fue también manifestado por los apoderados de las garantías, por lo cual la sesión de audiencia fue suspendida y se fijó como fecha para su reanudación el día 30 de noviembre de 2022, a las 2:00 p.m.

2.1.4 El día 30 de noviembre de 2022, se reanudó la audiencia en el estado que fue suspendida y se le otorgó el uso de la palabra a los apoderados de la Concesión y Seguros del Estado S.A. quienes rindieron descargos y solicitaron pruebas; seguidamente el apoderado de Nacional de Seguros S.A., rindió descargos. El Despacho decidió suspender la sesión de audiencia para analizar los argumentos expuestos, el material probatorio allegado y las solicitudes probatorias

¹ Remitida con correo electrónico de fecha 03 de noviembre de 2022, asunto: Citación Audiencia de que trata el Art. 86 Ley 1474 de 2011. Puerto Solo S.A. (Falta de pago de la contraprestación) EXP 20227070320700067.



propuestas, y en consideración a esto, fue proferido el Auto No. 20237070000036 del 06 de enero de 2023², mediante el cual el Despacho, resolvió:

“PRIMERO. INCORPORAR al expediente y darle el valor probatorio que la Ley le otorgue a las siguientes pruebas documentales allegadas por el apoderado de SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A. – PUERTO SOLO S.A., en la sesión de audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, celebrada el día treinta (30) de noviembre de 2022, de conformidad con la parte motiva del presente Auto, así:

1.1 Comunicación No. SDJ 50951 del 29 de agosto de 2022, expedida por el Instituto Nacional de Vías - INVIAS.

1.2 Archivo que contiene el correo electrónico de fecha 25 de octubre de 2022, remitido por la señora MARY LUZ QUEVEDO QUEVEDO de la Subdirección de Defensa Jurídica del INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS, y el correo electrónico de fecha 28 de octubre de 2022, con asunto “Re: SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO SOLO”, mediante el cual se da respuesta al correo de fecha 25 de octubre de 2022, dirigido a la doctora MARY LUZ QUEVEDO QUEVEDO.

1.3 Archivo que contiene el correo electrónico de fecha 9 de noviembre de 2022, con asunto “SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A.”.

1.4 Archivo que contiene el correo electrónico de fecha 9 de noviembre de 2022, con asunto “PJC 034/2022 – SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A.”, y que también el correo electrónico de fecha 17 de noviembre de 2022.

1.5 Resolución Externa No. 53 del 4 de diciembre de 1992, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, “Por la cual se determinan las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera”.

1.6 Oficio con radicado ANI No. 20223080370051 del 16 de noviembre de 2022.

SEGUNDO. DECRETAR de oficio la práctica de las siguientes pruebas:

2.1 Oficiar a la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI, para que en un término de diez (10) hábiles, allegue a esta actuación lo siguiente:

Informe actualizado del estado de la obligación de pago de la contraprestación del contrato de concesión portuaria No. 001 de 2021, correspondiente a la anualidad 2022, al Distrito de Buenaventura y al INVÍAS.

Pronunciamiento expreso sobre lo alegado por el apoderado del Concesionario en sus descargos, respecto de la liquidación de los intereses, lo cual se transcribe a continuación:

“(…) en la liquidación (Realizada por el área financiera de la ANI), se está incurriendo en un doble cobro, puesto que no solamente se aplica una tasa superior al 25% que por ley no puede ser excedida, dado que la obligación es en dólares, sino que, además, se aplica el interés bancario corriente aumentado en la mitad, actualizado posteriormente a la TRM que se encuentre vigente a la fecha en que el concesionario realice el pago”.

2.2 Oficiar al Instituto Nacional de Vías para que, en un término de diez (10) hábiles contados a partir de la comunicación del respectivo requerimiento, informe:

Si se ha adelantado o se encuentra en trámite un proceso de cobro coactivo contra la SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A. – PUERTO SOLO S.A. por el no pago de la contraprestación derivada del Contrato de concesión No. 001 de 2021, correspondiente a la vigencia 2022.

TERCERO. RECHAZAR por las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto, la prueba solicitada por la apoderada de SEGUROS DEL ESTADO S.A.
(….)”

² Notificado con correo electrónico de fecha 10 de enero de 2023, asunto: Notificación auto pruebas PUERTO SOLO S.A. Exp 20227070320700067E.



2.1.5 Con Auto No. 20237070000556 del 15 de marzo de 2023³, se incorporaron y trasladaron unas pruebas.

2.1.6 Mediante Auto No. 20237070001136 del 17 de mayo de 2023⁴, el Despacho decretó de oficio la incorporación de unas pruebas aportadas por el Concesionario y ordenó otra.

2.1.7 A través de Auto No. 20237070001496 del 30 de junio de 2023⁵, se incorporó y trasladó una prueba, frente a lo cual la apoderada del concesionario descorrió el traslado, al igual que sus garantes.

2.1.8 Con Auto No. 20237070002416 del 19 de octubre de 2023⁶, se incorporó y trasladó una prueba, el cual mediante correo electrónico de fecha 24 de octubre de 2023, fue descorrido por la apoderada del concesionario, reiterando los argumentos de los descargos, como lo son *“ANI no podría, válidamente, imponer una multa por el retardo en el pago de la Contraprestación ni cobrar los intereses de mora que se hubieren causado. Incluso si pudiera cobrar los intereses, no podría hacerlo a la tasa definida en el Contrato de Concesión, en la medida en que la estipulación contractual contraviene una norma imperativa”*, y sus garantes Nacional de Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A.

2.2. CARGOS IMPUTADOS.

Tal como se señaló desde la citación a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, los cargos imputados a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., están relacionados con presuntos incumplimientos contractuales de las obligaciones relacionadas con el pago de la contraprestación, correspondiente al año 2022, prevista en el capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1 del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, que señala:

“CAPITULO IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO

(...)

4.2 - Valor de la Contraprestación por el Uso y Goce Temporal y Exclusivo de las Playas, Terrenos de Bajamar y Zonas Accesorias de Uso Público

(...)

(b) El pago de la Contraprestación con relación al componente fijo y variable le corresponde a la NACIÓN – Instituto Nacional de Vías el 80% y el 20% restante al Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca), de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003, que modifica el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991.

(...)”

4.3 Procedimiento de Indexación, Liquidación y Recaudo de la Contraprestación por el Uso y Goce Temporal y Exclusivo de las Playas y Terrenos de Bajamar

(...)

(a) De acuerdo con lo establecido en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, en lo referente al procedimiento de indexación, liquidación y recaudo, la liquidación de las Contraprestaciones se realizará de manera anticipada año a año a la TRM descrita en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, según lo establecido en el artículo 8 de la Resolución 5394 de 2013 expedida por el Ministerio de Transporte, y pagaderos dentro del primer mes de ejecución del Contrato de Concesión, el Concesionario efectuará el pago anticipado de sus obligaciones de Contraprestación (tanto del componente fijo como del variable) por la porción del año restante hasta el 31 de diciembre del periodo. Lo anterior con base en lo estipulado en el flujo de caja libre que corresponda al modelo financiero definitivo a la firma del Contrato. Antes de finalizar el Mes de febrero, el Concesionario deberá corregir su liquidación del año anterior, según el movimiento de carga real y la indexación del

³ Notificado con correo electrónico de fecha 15 de marzo de 2023, asunto: Auto N° 20237070000556 del 15MAR2023 que incorpora pruebas. Puerto Solo S.A. Exp. 20227070320700067E.

⁴ Notificado con correo electrónico de fecha 17 de mayo de 2023, asunto Notificación auto N° 20237070001136 del 17MAY2023. Puerto Solo S.A. Exp. N° 20227070320700067E.

⁵ Notificado con correo electrónico de fecha 30 de junio de 2023, asunto: Auto Incorpora Prueba N° 20237070001496 del 30JUN2023. Puerto Solo S.A. EXP 20227070320700067E1

⁶ Notificado con correo electrónico de fecha 19 de octubre de 2023, asunto: Notificación Auto N° 20237070002416 del 19OCT 2023. Puerto Solo S.A. Exp. 20227070320700067E



valor de referencia por metro cuadrado y de los cargos, que se encuentre debidamente certificada por la Superintendencia de Transporte, así como realizar el pago anticipado del año en curso definitivo. (...)"

"CAPITULO V -OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL PROYECTO

5.1 Principales Obligaciones del Concesionario

Sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, una vez suscrito el Contrato de Concesión, el Concesionario se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

(b). Pagar la contraprestación en forma oportuna de conformidad con lo establecido en este contrato.

(...)"

Las cláusulas contractuales transcritas en apartes anteriores, corresponde a las mismas señaladas en la Citación a la Audiencia como presuntamente vulneradas por el Concesionario, esto con fundamento en las siguientes pruebas:

2.3. PRUEBAS RECAUDADAS EN LA ACTUACIÓN.

A continuación, se relaciona el acervo probatorio legalmente recaudado durante el trámite procesal de la presente actuación sancionatoria contractual, al cual se les dará valor probatorio siempre que resulten conducentes, pertinentes y útiles, para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento:

2.3.1 Oficio No.1380 del 23 de abril de 2009, suscrito por el Gerente General de Terminal de Contenedores de Buenaventura - TCBUEN, y dirigido al Gerente General del instituto Nacional de Concesiones – INCO, mediante el cual presenta una solicitud formal de concesión portuaria, para ocupar unas zonas de uso público ubicadas en el Puerto de Buenaventura.

2.3.2 Resolución No. 20207020017945 del 02 de diciembre de 2020 *"Por la cual se otorga una concesión portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A."*, la cual se concedió para ocupar en forma temporal y exclusiva, los bienes de uso público ubicados en la bahía interior de Buenaventura en el canal de acceso a la Bahía, entre el lado noreste de la Isla Cascajal y la confluencia entre Estero El Piñal y Estero Aguacate, en jurisdicción de la unidad territorial mayor de Buenaventura en la modalidad de servicio público.

2.3.3 Contrato de Concesión portuaria No.001 de 2021, concesionario Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A.

2.3.4 Acta de entrega de zonas de uso público que de manera temporal y exclusiva que se otorgaron por la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A., mediante el Contrato de Concesión portuaria No.001 de 2021, suscrita el 22 de abril de 2021.

2.3.5 Oficio radicado ANI No. 20213030276851 del 07 de septiembre de 2021, suscrito por el Vicepresidente de Gestión Contractual (E) y el Gerente de Proyectos Portuarios – VGC y dirigido al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A., en el que indica que *"no se consideran configurados elementos que en la actualidad impidan dar inicio a la ejecución del Contrato, (...) En vista que a la fecha la Sociedad Portuaria Puerto Solo S.A., no ha remitido acta de inicio debidamente suscrita a pesar de configurarse las condiciones para ello, la Agencia, en aplicación de los principios generales contenidos en la Ley 1 de 1991, al interés público y las reglas contractuales mencionadas, en ejercicio de los derechos contenidos en la Cláusula 3.7 del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, imparte la Orden de Inicio de ejecución del Contrato de Concesión No.001 de 2021 con efectos a partir de la fecha de recibo de la presente"*.

2.3.6 Otrosí No.1 al Contrato de Concesión portuaria No.001 de 29 de enero de 2021, suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A.



2.3.7 Lista de asistencia de la mesa de trabajo realizada a través de Microsoft Teams en la que se hizo revisión previa de la Autoliquidación para Contraprestación CONPES 3744 de 2013 de la Sociedad Portuaria “Puerto Solo” con pago de esta antes de finalizar febrero de 2022, los días 23 y 25 de febrero de 2022.

2.3.8 Circular con radicado ANI No. 20223080000174 de fecha 30 de marzo de 2022, dirigida a todas sociedades portuarias a cargo de la Vicepresidencia de Gestión Contractual, mediante la cual se solicitaron los soportes de pago de contraprestación del periodo comprendido entre enero de 2020 hasta febrero de 2022.

2.3.9 Correo electrónico de fecha 25 de abril de 2022, con el cual se reitera la Circular con radicado No.20223080000174 del 30 de marzo de 2022.

2.3.10 Memorando radicado ANI No. 20223080060223 del 28 de abril de 2022, suscrito por el Gerente del Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC y dirigido al Vicepresidente Gestión Contractual-VGC, a la Gerente Grupo de Puertos-VGC (E) y al Gerente del G.I.T. Asesoría Gestión Contractual 1, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 30 de abril de 2021 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.11 Oficio radicado ANI No. 20223080117571 del 29 de abril de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG y dirigido a la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIAS, a la Alcaldía Del Distrito Especial de Buenaventura y al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 30 de abril de 2021 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.12 Oficio radicado ANI No. 20223080139741 del 17 de mayo de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG y dirigido al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, con el cual se allega la actualización de la comunicación No. 20223080117571 del 29 de abril de 2022, respecto del valor adeudado por concepto de contraprestación (INVIAS – MUNICIPIO) de capital e intereses con corte 31 de mayo de 2022.

2.3.13 Lista de asistencia de mesa de trabajo realizada a través de Microsoft Teams en la que se hizo revisión de liquidación de intereses por concepto de contraprestación, de la Sociedad Portuaria “Puerto Solo” el día 31 de mayo de 2022.

2.3.14 Comunicación del 3 de junio de 2022 (radicado ANI No.20224090631532 del 7 de junio de 2022), suscrita por el representante Legal Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.” en respuesta al oficio radicado ANI No.20223080139741 del 17 de mayo de 2022, en la cual se señala entre otras cosas que *“Una vez revisada la carta de la referencia, nos permitimos manifestarle que nuestro entendimiento en relación con el pago de la Contraprestación es que el mismo debía hacerse una vez suscrito el Otrosí en el cual acordamos desplazar el plan de inversión (...) esta sociedad está a la espera del recibo del otrosí debidamente aprobado por su Comité de Contratación para inmediatamente suscribirlo, modificar las pólizas y proceder al pago de la Contraprestación para remitir los soportes a las entidades correspondientes”*.

2.3.15 Oficio radicado ANI No. 20223080182451 del 22 de junio de 2022, suscrito por el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG y dirigido al Representante Legal Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, en respuesta a su comunicación de radicado No. 20224090631532 de fecha 7 de junio de 2022, en el que se indica que *“El entendimiento al que hace referencia respecto del pago de la contraprestación es errado, toda vez que la propuesta de obligación contenida en el literal (sss) de la cláusula tercera del proyecto de otrosí, no modifica ni*



Documento firmado digitalmente



sustituye la obligación legal de pago de contraprestación en las fechas establecidas en el Contrato de Concesión Portuario No. 001 de 2021 y el CONPES 3744 del 2013. Esta obligación solo hace referencia a la entrega de los soportes y/o certificaciones de pago, más no a la forma y fechas en las que se deber realizar, las cuales siguen siendo las contenidas en literal (a) del numeral 4.3 del mencionado contrato de concesión y en el en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, señalándose que en la propuesta de cláusula segunda del proyecto de Otrosí reitera el contenido del literal (a) del numeral 4.3 conservándose incólume la obligación” y requiere por tercera vez a la sociedad portuaria para que demuestre el cumplimiento de su obligación de pago de la Contraprestación.

2.4.16 Memorando radicado ANI No.20223080073323 del 6 de junio de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC y dirigido al Vicepresidente Gestión Contractual-VGC, a la Gerente Grupo de Puertos-VGC (E) y al Gerente del G.I.T. Asesoría Gestión Contractual 1, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 30 de junio de 2022 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.17 Oficio radicado ANI No.20223080167471 del 08 de junio de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG y dirigido a la Jefe Oficina Asesora Jurídica del INVIAS, a la Alcaldía del Distrito Especial de Buenaventura y al Representante Legal Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 30 de junio de 2022 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.18 Comunicación del 5 de julio de 2022 (radicado ANI No.20224090732962 del 5 de julio de 2022), suscrita por el representante Legal Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.” en respuesta al oficio de radicado ANI No. 20223080182451 del 22 de junio de 2022, en la cual informan estar de acuerdo con la propuesta de eliminar el literal (sss) de la cláusula tercera del otrosí.

2.3.19 Memorando radicado ANI No. 20223030090503 del 22 de julio de 2022, suscrito por el Gerente de Proyectos Portuarios – VGC, la Coordinadora del GIT Financiero 1 y la Coordinadora del GIT Ambiental y dirigido al Vicepresidente Gestión Contractual, con el cual se informa del plazo de cura a otorgar a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, con ocasión de unos presuntos incumplimientos al Contrato de concesión No.001 de 2021.

2.3.20 Oficio radicado ANI No. 20223030221591 de fecha 27 de julio de 2022, dirigido al Representante Legal de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, mediante el cual otorga Plazo de Cura por diez (10) días calendario, para que cumpla las obligaciones contractuales prevista en el Contrato de concesión No.001 de 2021, relacionadas con el pago de la contraprestación portuaria.

2.3.21 Memorando radicado ANI No. 20223080102063 de fecha 19 de agosto de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC y dirigida al Vicepresidente Gestión Contractual-VGC, al Gerente Grupo de Puertos-VGC y al Gerente del G.I.T. Asesoría Gestión Contractual 1, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 31 de agosto de 2022 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.22 Oficio radicado ANI No. 20223080251771 del 19 de agosto de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG y dirigido a la Jefe Oficina Asesora Jurídica del INVIAS, a la Alcaldía del Distrito Especial de Buenaventura y al Representante Legal Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 31 de agosto de 2022 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y



Documento firmado digitalmente



Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.23 Memorando radicado ANI No. 20223030105043 de fecha 29 de agosto 2022, suscrito por el Gerente de Proyectos Portuarios –VGC y dirigido a la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC, con el cual solicita la tasación de la multa y el cálculo de perjuicios por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el pago de la contraprestación prevista en el capítulo IV, Numeral 4.2 del Contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, otorgado a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. PUERTO SOLO S.A.

2.3.24 Memorando radicado ANI No. 20223080110863 de fecha 12 de septiembre de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC y dirigido al Gerente de Proyectos Portuarios –VGC, en respuesta al memorando radicado ANI No. 20223030105043 de fecha 29 de agosto 2022, con el que remite la tasación de la multa y los perjuicios a imponer a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, por el presunto incumplimiento del Contrato de Concesión No. 001-2021.

2.3.25 Memorando radicado ANI No. 20223080120363 del 5 de octubre de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC y dirigido al Vicepresidente Gestión Contractual-VGC, al Gerente Grupo de Puertos-VGC y el Gerente del G.I.T. Asesoría Gestión Contractual 1, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 31 de octubre de 2022 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.26 Oficio radicado ANI No. 20223030128453 del 24 de octubre de 2022, suscrito por el Gerente Grupo de Puertos-VGC y dirigido al Gerente del GIT Sancionatorios, con el cual remite el *“informe de seguimiento Contraprestación CONPES 3744 de 2013 del Contrato de Concesión 001 de 2021, Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”*, fecha de corte 31 de octubre 2022, emitido por la Gerencia Financiera de la Vicepresidencia de Gestión Contractual con radicado ANI No.20223080120363 del 05 de octubre 2022.

2.3.27 Comunicación No. SDJ 50951 del 29 de agosto de 2022, expedida por el Instituto Nacional de Vías – INVIAS, mediante el cual solicita a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, realizar el pago de la contraprestación portuaria que se deriva del Contrato No. 001 del 29 de enero de 2021, por valor de DIEZ MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$10.843.066.557) M/CTE.

2.3.28 Archivo que contiene el correo electrónico de fecha 25 de octubre de 2022, remitido por la Subdirección de Defensa Jurídica del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y el correo electrónico de fecha 28 de octubre de 2022, con asunto “Re: SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO SOLO”, relacionados con el trámite de solicitud de Acuerdo de Pago.

2.3.29 Archivo que contiene el correo electrónico de fecha 9 de noviembre de 2022, con asunto “SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A.”, relacionado con el trámite de solicitud de Acuerdo de Pago.

2.3.30 Archivo que contiene el correo electrónico de fecha 9 de noviembre de 2022, con asunto “PJC 034/2022 – SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A.”, y también el correo electrónico de fecha 17 de noviembre de 2022, con el cual se remite documento de liquidación contraprestación SP PUERTO SOLO con intereses 30 de noviembre de 2022.

2.3.31 Resolución Externa No. 53 del 4 de diciembre de 1992, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República, *“Por la cual se determinan las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones en moneda extranjera”*.



Documento firmado digitalmente



2.3.32 Oficio radicado ANI No. 20223080370051 del 16 de noviembre de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG y dirigido a la Jefe Oficina Asesora Jurídica del INVIAS, a la Alcaldía del Distrito Especial de Buenaventura y al Representante Legal Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. –“Puerto Solo S.A.”, con el cual se remite el seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, con corte a 30 de noviembre de 2022 de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – “Puerto Solo S.A.”, y se indica los valores adeudados a la fecha de corte.

2.3.33 Oficio No. SDJ 6712 del 09 de febrero de 2023, suscrito por el Subdirector de Defensa Jurídica (e) del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, mediante el cual se dio respuesta a la solicitud probatoria del Despacho, indicando que la Subdirección Jurídica – Grupo de Jurisdicción Coactiva del Instituto Nacional de Vías, inició proceso de cobro contra la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A., bajo el No.PJC-034 de 2022, e informó el estado del trámite.

2.3.34 Memorando radicado ANI No. 20233080027963 del 20 de febrero de 2023, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC, que en respuesta a la solicitud probatoria del Despacho, presentó informe de contraprestación y la cuantificación de la multa a imponer y/o tasación de perjuicios, y se pronunció respecto a los alegatos sobre los intereses moratorios.

2.3.35 Auto 083 del 10 de noviembre de 2022 del Instituto Nacional de Vías - INVIAS, por medio del cual libra mandamiento de pago por vía ejecutiva en contra de SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A. – PUERTO SOLO S.A., proceso de Cobro Coactivo No. PJC 034 – 2022.

2.3.36 Concepto JDS-06787 del 30 de marzo de 2016, emitido por la Secretaría de la Junta Directiva del Banco de la República, relacionado con los intereses moratorios aplicables en el caso de obligaciones estipuladas en moneda extranjera derivadas de negocios jurídicos celebrados entre residentes (operaciones internas) y de obligaciones derivadas de operaciones de cambio.

2.3.37 Concepto C22-128973 Q22-8016 del 31 de agosto de 2022, emitido por la Secretaría de la Junta Directiva del Banco de la República, relacionado con la tasa máxima que se podía pactar y cobrar por concepto de intereses respecto de una obligación pactada en dólares americanos y la tasa de usura para este tipo de obligaciones para los meses de marzo de 2020 a agosto de 2021.

2.3.38 Memorando radicado ANI No. 20233030089323 del 20 de junio de 2023, suscrito por la Vicepresidenta de Gestión Contractual, en respuesta a la solicitud probatoria del Despacho, en el que se refirió a la incidencia del proceso de cobro coactivo que adelanta el INVIAS, respecto del cobro del capital y los intereses del pago de la contraprestación 2022 (con anexos).

III. DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS APODERADOS DE LOS INTERVINIENTES

3.1. Descargos del Concesionario Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A.

El apoderado del Concesionario presentó sus descargos, los cuales, de acuerdo con su versión oral, se concretan en los siguientes argumentos:

- **Estipulación a favor de otro, legitimación sustantiva por activa y carácter personal del daño**

Al respecto señaló que en el contrato la estipulación que motiva el trámite es lo que en términos del código civil se conoce como estipulación a favor de otro, es decir si bien se deriva de un contrato



Documento firmado digitalmente



celebrado con la ANI, tiene prevista una contraprestación en favor del INVIAS y el Distrito de Buenaventura; para el efecto citó el artículo 1506 del CC, y señaló que tratándose de una estipulación a favor de estas dos entidades, en su criterio las únicas legitimadas para este caso serían estas en el porcentaje que les corresponde, por lo que la ANI no está legitimada para exigir el cumplimiento de esta obligación, y esto aplica para el capital y los perjuicios derivados del incumplimiento de esta obligación, legitimación que se deriva del principio de que el daño para que sea indemnizable debe ser personal, en la medida en que el acreedor es INVIAS y el Distrito de Buenaventura, por lo que la ANI no podría calcular un daño sobre unos perjuicios si los hay, que no han sido sufridos por la ANI.

Al respecto citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 21 de enero de 2013, Exp.358-01 MP. Fernando Giraldo Gutiérrez, en la que se indica que *“solo el que lo ha sufrido debe ser resarcido”* refiriéndose al daño, también la sentencia del Consejo de Estado MP. Marta Nubia Velázquez de fecha 16 de mayo de 2019, en la que se refirió al carácter personal del daño, con fundamento en las siguientes tres reglas planteadas: 1. la estipulación a favor de otro, 2. la legitimación sustantiva por activa y 3. el carácter personal del daño, por lo cual concluye que la ANI no está autorizada para realizar el cobro de las erogaciones que se estipularon a favor del INVIAS y el Distrito de Buenaventura.

Adicionalmente, citó la sentencia del Consejo de Estado, MP. Marta Nubia Velázquez de fecha 09 de mayo de 2020, Exp.56261, que refiere al carácter personal del daño y la legitimación por activa en la causa se confunde, por lo que no está legitimado para cobrar el daño originado por obligación quien no es acreedor de esta.

Indicó que iniciar un proceso que tiene como propósito imponer una multa, en ejercicio de facultades coactivas para presionar el cumplimiento corresponde al ejercicio de una legitimación que la ANI no tiene, porque de ser así la ANI estaría ocupando la posición del acreedor para que a través de algunos mecanismos que la Ley dispone se coaccione al cumplimiento de una obligación en favor de un tercero, por lo que no puede la ANI adelantar un proceso para coaccionar el cumplimiento de una obligación. La posición de la ANI como parte contractual no lo legitima.

Señaló que las multas tienen carácter conminatorio, como sustento de esto citó la sentencia del Consejo de Estado MP. Álvaro Namén Vargas del 10 de octubre de 2013, Exp.2157 y la sentencia MP. Marta Nubia Velázquez de fecha 24 de abril de 2020, Exp.64154, por que la facultad de imponer multas es un ejercicio de constreñimiento para demandar el cumplimiento de una obligación, de la cual la ANI no está legitimado por activa.

- **Las multas se imputan a los intereses moratorios**

Adujo que en las obligaciones dinerarias de acuerdo con el Art.1617 CC, la indemnización de perjuicios son los intereses moratorios y solo son estos, y las multas tienen como propósito constreñir al deudor para que cumpla; si no cumple con el pago principal se acumulan intereses moratorios en cabeza del deudor; citó la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, de 27 de agosto de 2008, Exp.14.171-01, al respecto señaló que toda suma que se cobre al deudor como sanción en una obligación dineraria se imputara como interés moratorio, por lo que las multas conforme a la Ley, teniendo un carácter conminatorio resarcitorio de perjuicios, que debe imputarse a los intereses moratorios, como lo señala el Art. 65 de la Ley 45 de 1990, el cual refiere a las obligaciones dinerarias, entre ellas las multas; señaló que el Art.68 y ss. de la misma Ley, ratifica el mismo principio, para decir que de llegarse a imponer una multa en este proceso sancionatorio, a la luz de las normas y jurisprudencia citada deben entenderse como intereses moratorios, y en consecuencia, la ANI está tomando la posición del acreedor de la obligación para cobrarse una parte de los intereses moratorios para sí, apropiándose de un derecho que no le pertenece a la ANI, ya que no es posible imponer multas con ocasión de obligaciones dinerarias a favor de terceros.

Indicó que siendo las multas de naturaleza resarcitoria, son imputables a los intereses de mora, por lo que si la ANI siguiere con la intención de imponer multas al contratista, tendría que respetar los límites de Ley a los intereses moratorios, citó los Art.884 del C.Co y Art.99 de la Ley 45 de 1990,



conforme a estos artículos si se cobran intereses moratorios en exceso, se pierde la totalidad del interés, y la consecuencia sería que la imposición de la multa en este proceso, sería la exoneración de la totalidad de los intereses, por lo que el INVIAS y el Distrito de Buenaventura no tendrían la oportunidad de cobrar. Indicó que el otro límite es la figura de la usura prevista en el Código Penal, y el Art.1 y 2 de la Resolución externa No.53 de 04 de diciembre de 1992 del Banco de la República, por lo que teniendo en cuenta que en el contrato se pactó que el interés moratorio sería el del código de comercio, esta estipulación incurrió en una violación de una norma imperativa, que deriva en que sea nula la estipulación de intereses.

Indicó en conclusión que la ANI debe abstenerse de imponer multas, en tanto se generarían las consecuencias jurídicas expuestas.

- **Establecer perjuicios como propósito del procedimiento sancionatorio**

Manifestó que en la solicitud formal de inicio, se identifica que el ejercicio de determinación de los perjuicios, en especial la sección “VI. *cuantificación de la multa a imponer y/o tasación de perjuicios*”, hace referencia a los numerales 9.1 y 9.2 del contrato, y se indica que de acuerdo con el concepto financiero de 12 de septiembre de 2022, el concesionario adeuda la contraprestación al INVIAS y el Distrito de Buenaventura, y se tasan los perjuicios derivados del no pago de la contraprestación, que corresponderían al valor adeudado por el concesionario por concepto de intereses moratorios causados y actualizados; al revisar la tasación de perjuicios que se pretende imponer, consiste en los intereses moratorios causados, pero en la misma no se refleja el número de días, ni está explícita la tasa a la que los liquidan, por lo que se estaría dando un doble cobro al aplicar una tasa superior al 25% que por Ley no se puede exceder estando la obligación en dólares y luego la liquidan actualizando la TRM, entonces se van a cobrar intereses superiores y además se va a multiplicar por el crecimiento de la TRM.

El contrato en el capítulo IV establece aspectos económicos del contrato y en el numeral 4.2 se establece el valor de la contraprestación; allí se pactaron intereses de mora y en el capítulo V, numeral 5.1 literal b), se establece la obligación de pagar la contraprestación de forma oportuna de conformidad con lo previsto en el contrato, pero el apoderado consideró que las normas citadas en los descargos son normas imperativas que no pueden ser desconocidas, modificadas o vulneradas en un contrato de concesión y al tener el contrato esta estipulación, está viciada de nulidad absoluta y no puede ser aplicada.

3.2 Descargos de la compañía Seguros del Estado S.A.

Solicitó que se efectúe un análisis para determinar si surgió o no responsabilidad en cabeza del contratista, esto con fundamento en que para que surja la responsabilidad contractual se requiere de la presencia de unos requisitos esenciales, tales como el contrato válidamente celebrado, la conducta, la culpa o dolo, el daño y el nexo causal; para afirmar que en Colombia resulta aplicable la responsabilidad subjetiva que se basa en la culpabilidad del autor.

Recordó que, la póliza expedida por Seguros del Estado S.A., requiere de una serie de presupuestos mínimos requeridos para hacer efectivo el amparo de cumplimiento, los cuales enumeró de la siguiente manera:

- Que exista un incumplimiento total o parcial
- Que se generen perjuicios a la entidad estatal
- Que dichos perjuicios sean imputables al contratista
- Que dichos perjuicios sean derivados del incumplimiento total o parcial.

Señaló que en la presente audiencia se citó al concesionario y a los garantes porque el primero adeuda una determinada suma de dinero en dólares por capital e intereses los cuales corresponden en las proporciones indicadas en la citación, al INVIAS y al Distrito de Buenaventura; en relación con el daño o el perjuicio destacó que el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 señala que: “Las



entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la administración pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato y hacer efectiva la cláusula penal y para tal efecto observarán el siguiente procedimiento (...)."

Sobre el asunto señaló que, ante el incumplimiento de obligaciones contractuales, es posible que no se genere algún perjuicio, y, por lo tanto, los mismos no podría ser cobrados. Para el efecto, citó la sentencia de la Corte Constitucional No. C-499 de 2015, en la que se ha señalado, que no todo incumplimiento del contrato genera un perjuicio. Citó igualmente, la sentencia del Consejo de Estado Exp.18878 del 13 de abril de 2011, que establece que en donde no hay perjuicios no pueden existir sanciones.

Señaló que en lo que respecta a las disposiciones legales que regulan el contrato de seguros, el artículo 1077 del Código de Comercio, refiere que corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso, y en cuanto a los elementos del daño, el mismo debe ser cierto, personal y antijurídico.

Agregó que en el caso bajo análisis, se encuentra que se adeuda una contraprestación al INVIAS y al Distrito de Buenaventura, entidades estas que, si bien están incluidas dentro de la póliza de seguros, no son las que inician la actuación administrativa, considerando que la ANI no tiene legitimación al respecto para iniciar la citada actuación, por no ser la titular del daño.

Manifestó que el daño tiene unos requisitos para ser objeto de indemnización, debe tratarse de un daño cierto, actual, directo. Lo anterior, para indicar que se reprocha que en la presente actuación el daño no sea personal para quien promueve el procedimiento. Indicó que tampoco se está demostrando en debida forma el daño y que en lo que tiene que ver con la cuantificación de los perjuicios, la multa tiene por finalidad la de constreñir al contratista al cumplimiento de cada una de sus obligaciones contractuales; al respecto citó la sentencia del Consejo de Estado del 29 de noviembre de 2010, Exp.20401, en la que se menciona que la imposición de las multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora e incumplimiento parcial y la sentencia del Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C del 10 de septiembre de 2014, CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, relacionada con el alcance y la naturaleza de la multa, en la cual se señaló que, las multas, entre otras cosas, tienen por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

Agregó que la multa es equiparada, jurídicamente hablando, a los intereses moratorios, dado que la misma procede ante la mora en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato estatal, por lo que señaló, no entender cómo el Despacho en el marco de la presente actuación administrativa sancionatoria pretende cobrar unos intereses moratorios, frente a contraprestaciones que se adeudan, así como otros intereses moratorios sobre la misma multa, lo cual señala, constituye para Seguros del Estado, la intención por parte de la administración de imputar dos, o tres, o cuatro veces una misma situación de incumplimiento, lo que generaría la violación del principio de non bis in ídem establecido en el art.29 CP.

Solicitó se efectúe un análisis sobre la cuantificación de la multa y su finalidad, para evitar que el Despacho impute por el mismo incumplimiento reiteradas sanciones que, en opinión de Seguros del Estado, son desproporcionadas de cara al presunto incumplimiento que se discute, lo que eventualmente podría implicar que se incurra en un enriquecimiento sin justa causa, establecido en Art.831 de Código de Comercio

Indicó que, la razón del seguro de cumplimiento es amparar daños patrimoniales, donde la responsabilidad de la compañía aseguradora es el pago de una indemnización limitada al monto del valor asegurado y hasta la concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado como consecuencia del incumplimiento del contrato o de las obligaciones garantizadas. Por ello señala que, al ser un auténtico seguro de daños, ante el incumplimiento, aplica el principio indemnizatorio.



Manifestó que toda pretensión encaminada a afectar la póliza de cumplimiento debe circunscribirse en dos supuestos: 1. La solicitud de afectación no puede exceder el monto máximo del valor asegurado, y 2. Debe corresponder estrictamente al menoscabo padecido.

Que para que se considere ocurrido el siniestro, se debe generar un daño cierto, previsible, actual, que afecte el patrimonio, denominado perjuicio, de quien ostente la calidad de asegurado, quien tiene en su cabeza el denominado interés asegurable, y debe dar aviso a la aseguradora, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 1077 del Código de Comercio, acreditando la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida.

Señaló que es necesario hacer una precisiones frente al punto central, en lo relacionado con la carga de la prueba en materia de la reclamación que le asiste a quien tiene interés asegurable y ha sufrido el perjuicio objeto del reclamo, para indicar que, el citado artículo 1077 establece que corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, de lo que en su criterio se deriva, que se obliga el asegurado a satisfacer dos verbos rectores a saber: el primero, acreditar la ocurrencia del siniestro por cualquier medio probatorio que lleve a la aseguradora a tener certeza de la existencia del siniestro, y el segundo, consistente en demostrar o tasar la pérdida cuya indemnización se reclama.

En cuanto al límite de la responsabilidad respecto del valor asegurado pactado en el marco del contrato de seguros, indicó que el artículo 1056 del Código de Comercio señala que el asegurador podrá a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurada, el patrimonio o la persona del asegurado, para indicar que, el contrato fue amparado con una garantía única de cumplimiento, que se hizo bajo una figura de coaseguro, distribuyendo el riesgo y su consecuente responsabilidad entre Nacional de Seguros con un 30% de participación y Seguros del Estado con un 70%.

Señaló además que dado que no se encuentran debidamente acreditados los presuntos perjuicios padecidos por parte de la entidad contratante al haberse estimado una proyección, no puede afectarse la garantía de cumplimiento bajo estos supuestos.

Para finalizar, agregó que considerando que el contrato de concesión portuaria 001 de 2021 contempla una serie de obligaciones para las partes, la normatividad colombiana contempla los modos de extinción de las obligaciones, por lo que indicó que el artículo 1625 del Código de Civil, establece que las obligaciones se extinguen en todo o en parte por la compensación, que adicionalmente, el art. 1715 CC y art.17 de la Ley 1150/2007, señalan que las cláusulas penales y multas podrán ser compensadas con las sumas adeudadas al contratista, por lo cual dichas sumas que se adeuden al concesionario en el marco del contrato, dichas sumas deberán ser compensadas con las que se pretende imponer como multa, y de esta manera extinguir las obligaciones.

3.3 Descargos de la compañía Nacional de Seguros S.A.

Señaló que comparte los argumentos del contratista y la aseguradora líder, por lo cual los coadyuva. Precisó que en cuanto a la legitimación por activa y sustantiva por la ANI para pretender obtener unas estipulaciones que se hicieron a favor del INVIAS y del Distrito de Buenaventura, considera que la ANI no puede adelantar el procedimiento, ni imponer la sanción, que fueron estipuladas a favor de otros.

Frente a la póliza señaló que se tiene el aparte denominado “*asegurados adicionales*”, en donde se encuentran en esta condición además de la ANI, el INVIAS, el Distrito de Buenaventura y la Superintendencia de Puertos y Transporte, y esa situación no determina situación distinta a que la póliza cubre los perjuicios a que dichas entidades se les pueda causar, pero no habilita a que la ANI pretenda obtener las sanciones económicas que están contractualmente pactadas a favor de otros, y en la misma medida también lo sería que algunas de las otras entidades iniciaran un proceso para obtener el resarcimiento de unos perjuicios a favor de otras.



Refirió que comparte los argumentos del concesionario frente a la confusión entre la multa y los intereses moratorios, los límites a la aplicación de intereses moratorios en obligaciones establecidas en moneda extranjera, y aclara que el valor de la póliza también está basado en dólares de los Estados Unidos.

Señaló lo relacionado con el coaseguro, que se debe tener en cuenta al momento de la afectación de la multa si esta se llegare a dar, y la delimitación del valor asegurado y la figura de la compensación de obligaciones.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Respetto de la competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, y este Despacho en particular, para emitir el presente acto administrativo

Las atribuciones para el reconocimiento, imposición y cobro de sanciones pecuniarias a los contratistas del Estado tienen su sustento en la esencia básica de los fines de la contratación estatal contemplados en el artículo 3° de la Ley 80 de 1993, permitiendo según su artículo 4°, numeral 2°, que se adelanten por la Administración todas las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiese lugar.

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

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

Así las cosas, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 estableció el procedimiento que deben adoptar dichas entidades para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios–, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, 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.

En consideración a lo dispuesto en el Decreto 4165 de 2011, modificado por el Decreto 746 de 2022, que cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones - INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, denominada Agencia Nacional de Infraestructura, perteneciente al sector descentralizado, adscrita al Ministerio de Transporte con personería jurídica, patrimonio propio, y autonomía administrativa y financiera, en el artículo 11, numeral 19, señala que son funciones del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras, la de *“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 de 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, 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.”

Bajo estos supuestos, en virtud del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., esta Entidad tiene la competencia, en cabeza de su presidente o de quien este delegue, en este caso, el suscrito Coordinador del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales para, agotado el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, declarar incumplimientos contractuales, así como para imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal, declarar un siniestro, y cuantificar e imponer perjuicios, según sea el caso.

4.2. Del problema jurídico a resolver

En consideración a los supuestos fácticos y probatorios allegados a este trámite y la competencia otorgada a esta Coordinación, el Despacho procederá a definir el problema jurídico que deberá resolverse en el presente asunto.

Le corresponde al Despacho dilucidar, si la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., incumplió o no el contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, específicamente la obligación contractual prevista en el capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1, relacionada con el pago de la contraprestación, correspondiente al año 2022.

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

4.3 Del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021

El 29 de enero de 2021, la SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A. y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI, suscribieron el Contrato de Concesión portuaria No. 001 de 2021, cuyo objeto consiste en *“(…) el otorgamiento de una concesión portuaria, para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1 de 1991, el Concesionario ocupe de manera temporal y exclusiva, los bienes de uso público descritos en la Sección 6.1 para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público; a cambio de una contraprestación económica a favor del Concedente, en los términos descritos en la Sección 4.1 de este Contrato.”*. En cuanto a la naturaleza del contrato, la concesión otorgada objeto del aludido contrato es portuaria, de conformidad con lo previsto en el numeral 5.2 del artículo 5 de la Ley 1º de 1991, según el cual: *“(…) La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos”*.

Sobre el anterior contexto, se analizarán las obligaciones que se presumen incumplidas por el Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A. “PUERTO SOLO S.A.” y motivaron el presente procedimiento administrativo sancionatorio.

4.4 Cláusulas presuntamente vulneradas.



Las obligaciones contractuales cuyo incumplimiento se reprocha a la sociedad “PUERTO SOLO S.A.” en la presente actuación administrativa, se concretan en las establecidas en los Numerales 4.2 y 4.3 - Valor de la Contraprestación por el Uso y Goce Temporal y Exclusivo de las Playas, Terrenos de Bajamar y Zonas Accesorias de Uso Público, CAPÍTULO IV- Aspectos económicos del contrato y en el Capítulo V – Obligaciones Contractuales del Proyecto, numeral 5.1 Principales obligaciones del Concesionario, así:

“CAPITULO IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO

(...)

4.2 - Valor de la Contraprestación por el Uso y Goce Temporal y Exclusivo de las Playas, Terrenos de Bajamar y Zonas Accesorias de Uso Público

(...)

(b) El pago de la Contraprestación con relación al componente fijo y variable le corresponde a la NACIÓN – Instituto Nacional de Vías el 80% y el 20% restante al Distrito Especial, Industrial, Portuario, Biodiverso y Ecoturístico de Buenaventura (Valle del Cauca), de acuerdo con lo establecido en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 856 del 21 de diciembre del 2003, que modifica el artículo 7º de la Ley 1ª de 1991.

(...)”

4.3 Procedimiento de Indexación, Liquidación y Recaudo de la Contraprestación por el Uso y Goce Temporal y Exclusivo de las Playas y Terrenos de Bajamar

(c) De acuerdo con lo establecido en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, en lo referente al procedimiento de indexación, liquidación y recaudo, la liquidación de las Contraprestaciones se realizará de manera anticipada año a año a la TRM descrita en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, según lo establecido en el artículo 8 de la Resolución 5394 de 2013 expedida por el Ministerio de Transporte, y pagaderos dentro del primer mes de ejecución del Contrato de Concesión, el Concesionario efectuará el pago anticipado de sus obligaciones de Contraprestación (tanto del componente fijo como del variable) por la porción del año restante hasta el 31 de diciembre del periodo. Lo anterior con base en lo estipulado en el flujo de caja libre que corresponda al modelo financiero definitivo a la firma del Contrato. Antes de finalizar el Mes de febrero, el Concesionario deberá corregir su liquidación del año anterior, según el movimiento de carga real y la indexación del valor de referencia por metro cuadrado y de los cargos, que se encuentre debidamente certificada por la Superintendencia de Transporte, así como realizar el pago anticipado del año en curso definitivo.

(...)”

“CAPITULO V -OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL PROYECTO

5.1 Principales Obligaciones del Concesionario

Sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, una vez suscrito el Contrato de Concesión, el Concesionario se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

(b). Pagar la contraprestación en forma oportuna de conformidad con lo establecido en este contrato.

(...)”.

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

5.1. Evidencia del incumplimiento contractual

Previo a proceder con el análisis de las consideraciones propuestas con los descargos, encuentra el Despacho pertinente mencionar que ninguno de los argumentos de defensa estuvo orientado a acreditar el cumplimiento de las obligaciones contractuales, cuya inobservancia se reprocha, y aunado al análisis del acervo probatorio obrante en el expediente, lleva al Despacho a concluir la existencia del incumplimiento investigado, como se pasa a exponer.

5.1.1. Verificación del incumplimiento contractual



Documento firmado digitalmente



Con fundamento en el acervo probatorio obrante en el expediente, para este Despacho es claro que el incumplimiento obligacional endilgado al Concesionario, consistente en la presunta omisión en el pago de la contraprestación, correspondiente al año 2022, establecida en el contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1., está debidamente acreditado.

Teniendo en cuenta que la labor de supervisión del contrato 001 de 2021 se ha realizado a través de la Agencia Nacional de Infraestructura, al respecto se tiene que con memorando ANI No. 20223030116713 del 26 de septiembre de 2022, se solicitó inicio formal del procedimiento administrativo sancionatorio contractual en contra de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., en el cual se exponen los fundamentos de hecho y el material probatorio en la cual se sustenta el presunto incumplimiento, por no pagar la contraprestación portuaria año 2022.

Al respecto se tiene que la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., suscribió con la ANI el Contrato de Concesión portuaria No. 001 de 2021, cuyo objeto consiste en “(...) el otorgamiento de una concesión portuaria, para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1 de 1991, el Concesionario ocupe de manera temporal y exclusiva, los bienes de uso público descritos en la Sección 6.1 para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público; a cambio de una contraprestación económica a favor del Concedente, en los términos descritos en la Sección 4.1 de este Contrato.”, con fecha 29 de enero de 2021 y en el cual se estableció dentro de las obligaciones relacionadas con los aspectos económicos del contrato el pago de una contraprestación.

Evidencia el Despacho que en varias comunicaciones, el equipo de la ANI encargado de realizar la supervisión del Contrato, le indicó al Concesionario lo que adeudaba por valor de la contraprestación, al no haber pagado la misma.

En efecto, con memorando ANI 20223080117571 del 29 de abril de 2022 el Gerente del Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC, fue puesto en conocimiento del Representante Legal de la sociedad “Puerto Solo S.A.”, el seguimiento del cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación, en donde se concluye que:

“De acuerdo con lo anterior, se indica que proyectado a 30 de abril de 2022, Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A adeudaría por capital a INVIAS la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SEIS (USD 638.706) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA equivalentes DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$2.393.383.689) M/Cte. a la TRM promedio del año 2021 y la suma de SETENTA MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS DIECINUEVE PESOS (\$ 70.269.219) M/CTE., correspondientes a intereses acumulados. Para un total adeudado de DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS SIETE PESOS (\$2.463.652.907) M/CTE.”

Y posteriormente, mediante memorando 20223080139741 del 17 de mayo de 2022 se indicó que el saldo pendiente a 31 de mayo de 2022 es el siguiente:

“De acuerdo con lo anterior, se indica que proyectado a 31 de mayo de 2022, Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A adeudaría por capital a INVIAS la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SEIS (USD 638.706) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA equivalentes DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$2.393.383.689) M/Cte. a la TRM promedio del año 2021 y la suma de CIENTO VEINTE DOS MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS (\$122.887.997) M/CTE., correspondientes a intereses acumulados. Para un total adeudado de DOS MIL QUINIENTOS DIECISÉIS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS PESOS (\$ 2.516.271.686) M/CTE.”



Al respecto mediante comunicación del 3 de junio de 2022 (radicado ANI No.20224090631532 del 7 de junio de 2022), el representante Legal Sociedad de la sociedad Puerto Solo S.A., indicó que:

“Una vez revisada la carta de la referencia, nos permitimos manifestarle que nuestro entendimiento en relación con el pago de la Contraprestación es que el mismo debía hacerse una vez suscrito el Otrosí en el cual acordamos desplazar el plan de inversión.

En efecto, la cláusula tercera del citado otrosí establece la siguiente obligación:

sss) El Concesionario dentro del mes siguiente a la fecha de perfeccionamiento del Otrosí de que trata el presente documento, deberá presentar a esta Agencia los soportes por concepto del pago de contraprestación portuaria al Instituto Nacional de Vías – INVIAS y al Distrito Especial de Buenaventura, así como de la Tasa de Vigilancia a la Superintendencia de Transportes.

(...)

esta sociedad está a la espera del recibo del otrosí debidamente aprobado por su Comité de Contratación para inmediatamente suscribirlo, modificar las pólizas y proceder al pago de la Contraprestación para remitir los soportes a las entidades correspondientes. (...)

Frente a la respuesta emitida por el Concesionario, la ANI con oficio radicado No. 20223080182451 del 22 de junio de 2022, suscrito por el Vicepresidente de Gestión Contractual y el Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG, aclara que:

“El entendimiento al que hace referencia respecto del pago de la contraprestación es errado, toda vez que la propuesta de obligación contenida en el literal (sss) de la cláusula tercera del proyecto de otrosí, no modifica ni sustituye la obligación legal de pago de contraprestación en las fechas establecidas en el Contrato de Concesión Portuario No. 001 de 2021 y el CONPES 3744 del 2013. Esta obligación solo hace referencia a la entrega de los soportes y/o certificaciones de pago, más no a la forma y fechas en las que se deber realizar, las cuales siguen siendo las contenidas en literal (a) del numeral 4.3 del mencionado contrato de concesión y en el en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, señalándose que en la propuesta de cláusula segunda del proyecto de Otrosí reitera el contenido del literal (a) del numeral 4.3 conservándose incólume la obligación.

(...)

En virtud de lo anterior y con el objetivo de evitar cualquier tipo de confusión que eventualmente pudiera derivarse de la interpretación errada que se ha realizado del literal (sss) de la cláusula tercera del citado proyecto de otrosí, esta Agencia propone su eliminación, aprovechándose la oportunidad para requerir por tercera vez a la sociedad portuaria para que demuestre el cumplimiento de su obligación de pago de la Contraprestación de acuerdo con lo contenido en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, el CONPES 3744 del 2013 y los parámetros establecidos en el oficios radicado ANI 20223080139741 y 20223080167471.”

Así las cosas, si bien el concesionario intentó justificar el no pago de los valores adeudados por la contraprestación, con el argumento de que para ese momento se encontraba en trámite la suscripción de un otrosí, la ANI en su respuesta aclaró que tal interpretación no es de recibo en tanto persiste la obligación del pago de la contraprestación, y aunado a eso el otrosí para esa época no había sido suscrito por las partes, tanto así que la Entidad pone en consideración la eliminación del literal (sss), propuesta que fue aceptada por el contratista, como consta en la comunicación del 5 de julio de 2022 (radicado ANI No.20224090732962 del 5 de julio de 2022), suscrita por el representante Legal de la sociedad Puerto Solo S.A., todo esto para indicar que era de conocimiento del Concesionario que se encontraba en mora de dar cumplimiento a la mencionada obligación, sin justificación alguna.

Adicionalmente, con oficio radicado ANI No.20223080167471 del 08 de junio de 2022, suscrito por la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG, se informó al representante Legal de la sociedad Puerto Solo S.A., del seguimiento al cumplimiento de la obligación del pago de la contraprestación, con corte a 30 de junio de 2022 indicando los valores adeudados a la fecha, los cuales se proyectaron así:

“De acuerdo con lo anterior, se indica que proyectado a 30 de junio de 2022, Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A adeudaría por capital a INVIAS la suma de SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SEIS (USD 638.706) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA equivalentes a DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA



Y NUEVE PESOS (\$2.393.383.689) M/Cte. a la TRM promedio del año 2021 y la suma de DOSCIENTOS DOS MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS (\$ 202.642.282) M/CTE., correspondientes a intereses acumulados. Para un total adeudado de DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS MILLONES VEINTICINCO MIL NOVECIENTOS SETENTA SIETE PESOS (\$2.596.025.970) M/CTE.”

Posteriormente, con ocasión de presunto incumplimiento en el pago de la contraprestación portuaria, mediante oficio radicado ANI No. 20223030221591 de fecha 27 de julio de 2022, la ANI otorgó al concesionario Plazo de Cura por diez (10) días calendario, para que cumpliera las obligaciones contractuales previstas en el Contrato de concesión No.001 de 2021, relacionadas con el pago de la contraprestación portuaria.

De la misma manera, observa el Despacho que con oficio radicado ANI No.20223080251771 del 19 de agosto de 2022, la Gerente del Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VG, informó al Representante Legal de Puerto Solo S.A., del seguimiento al cumplimiento de la obligación del Pago de la contraprestación con corte a 31 de agosto de 2022, así:

*“De acuerdo con lo anterior, se indica que proyectado a 31 de agosto de 2022, Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A adeudaría por capital a INVÍAS la suma de **SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL SETECIENTOS SEIS (USD 638.706) DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA** equivalentes a **DOS MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y NUEVE PESOS (\$2.393.383.689) M/Cte. a la TRM promedio del año 2021 y la suma de TRESCIENTOS DIECISIETE MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS VEINTINUEVE PESOS (\$ 317.382.929) M/CTE., correspondientes a intereses acumulados. Para un total adeudado DE DOS MIL SETECIENTOS DIEZ MILLONES SETECIENTOS SESENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS (\$ 2.710.766.618) M/CTE.”***

Aunado a lo anterior, obra en el expediente la comunicación No. SDJ 50951 del 29 de agosto de 2022, expedida por el Instituto Nacional de Vías – INVÍAS, mediante el cual solicitó a la Sociedad Puerto Solo S.A., realizar el pago de la contraprestación portuaria que se deriva del Contrato No. 001 del 29 de enero de 2021, por valor de DIEZ MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SESENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$10.843.066.557) M/CTE, situación que permite inferir que el contratista no había dado cumplimiento a la obligación de pago prevista en el contrato.

Así mismo, se emitió el memorando ANI No.20223080120363 del 05 de octubre 2022, con el cual se presentó el seguimiento al pago de la contraprestación con fecha de corte 31 de octubre 2022 y el oficio radicado ANI No. 20223080370051 del 16 de noviembre de 2022, con corte a 30 de noviembre de 2022, en los cuales se realizó la actualización de los valores adeudados por contraprestación a cargo de la Sociedad Puerto Solo S.A.

Todo lo anterior, aunado a que el Concesionario en ningún momento ha desvirtuado que se encuentre incumplido, demuestra el incumplimiento del contratista a su obligación de pago de la contraprestación portuaria, año 2022. Resta ahora al Despacho analizar si ese incumplimiento, a la fecha, persiste.

5.1.2. Persistencia del Incumplimiento

En atención a que la naturaleza del presente procedimiento administrativo sancionatorio contractual es esencialmente conminatoria, esta Gerencia, a efectos de determinar si ha cesado el incumplimiento, trae de presente el memorando radicado ANI No. 20233030089323 del 20 de junio de 2023, con el cual la Vicepresidenta de Gestión Contractual, en respuesta a la solicitud probatoria del Despacho, se refirió a que el INVÍAS inició un proceso de cobro al Concesionario del valor de la contraprestación portuaria, lo que evidencia la persistencia del incumplimiento, y asimismo refiere que la Alcaldía de Buenaventura no informó que el Concesionario hubiese cumplido la obligación:



“se informa que mediante radicado No. SDJ30599 del 30 de mayo de 2023, radicado ANI No.20234090620002 del 05 de junio de 2023, el INVIAS respondió a la solicitud realizada por esta Agencia mediante radicado No.20233080174061 de fecha 23 de mayo de 2023, donde indica que el concesionario no ha realizado el pago correspondiente a la contraprestación y que tampoco ha propuesto algún acuerdo de pago. Adicionalmente, esta misma consulta se elevó al Distrito Especial de Buenaventura mediante radicados Nos. 20233030174151 y 20233030197821, del 23 de mayo de 2023 y del 07 de junio de 2023 respectivamente, sin que a la fecha se tenga respuesta alguna.”

En consideración a las pruebas citadas y que obran en el expediente, se evidencia que se encuentra demostrado el incumplimiento objeto de reproche, y que a la fecha el mismo no ha cesado, por lo cual se analizarán a continuación los argumentos de defensa propuestos por el Concesionario y los Garantes, a efectos de determinar si hay o no responsabilidad del concesionario.

5.2. Análisis de los descargos

Procede el Despacho a analizar los argumentos presentados por el concesionario y los garantes, en la exposición de descargos:

5.2.1 Análisis de los Descargos del Concesionario Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A.

- **Estipulación a favor de otro, legitimación sustantiva por activa y carácter personal del daño**

El contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, celebrado entre la ANI y a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., se encuentra dentro de lo previsto en el artículo 5° de la Ley 1 de 1991, que establece que:

*“Artículo 5°. Definiciones. Para la correcta interpretación y aplicación de esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:
(...)*

5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos. (...)

Sobre el particular, la Ley 80 de 1993, define en su artículo 32, algunas de las modalidades en las que se puede materializar el contrato estatal como lo es el contrato de concesión:

*“ARTICULO 32. DE LOS CONTRATOS ESTATALES. Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad, así como los que, a título enunciativo, se definen a continuación:
(...)*

4o. Contrato de concesión

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



De lo anterior es claro, que a los contratos de concesión portuaria les es aplicable lo previsto en el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, contenido en las Leyes 80 de 1993, 1150 de 2007 y 1474 de 2011, así como en las normas que las han modificado y las reglamentan.

Al respecto la sentencia del Consejo de Estado de 3 de diciembre de 2007, se refiere al régimen de contratación estatal, en los siguientes términos:

“Por regla general, entonces, cuando las entidades estatales celebren contratos, dentro del ámbito de aplicación del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, deben cumplir las disposiciones del derecho privado (comerciales y civiles) que resulten aplicables, excepto en aquellas materias expresamente reguladas por el citado Estatuto y las normas que lo modifiquen o adicionen, verbigracia, los mecanismos de selección, los principios de transparencia, economía y responsabilidad, el deber de selección objetiva, las inhabilidades e incompatibilidades para contratar, los requisitos de perfeccionamiento y ejecución del contrato, el equilibrio económico y financiero del contrato, las cláusulas excepcionales (interpretación, modificación y terminación unilaterales, caducidad, reversión y sometimiento de a las leyes nacionales), la imposición y efectividad de las multas y la cláusula penal pactadas, las garantías del contrato, las nulidades del contrato estatal, el silencio administrativo positivo y la liquidación del contrato, entre otras.” (negrilla fuera de texto original)

En síntesis, los contratos estatales entre ellos el de concesión portuaria, se encuentra sometido al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, y en consecuencia, como es el caso que nos ocupa en la presente actuación le es aplicable lo previsto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, respecto de la imposición de multas:

“ARTÍCULO 17. DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.

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

Artículo 86. Imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento. Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.(...)”

Por tanto, es claro que toda entidad pública, por estar sujeta al referido Estatuto General de Contratación pública, tiene competencia para declarar el incumplimiento e imponer las multas y sanciones previstas en el contrato, es por esto que la Agencia Nacional de Infraestructura dentro de sus facultades cuenta con la competencia para imponer las sanciones pactadas en el capítulo IX del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, para lo cual por mandato legal deberá surtir el procedimiento administrativo sancionatorio contemplado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, siendo esta la norma especial que regula este tipo de trámites.

En este sentido es prudente traer de presente lo relacionado con la finalidad de la facultad sancionadora del Estado y su aplicación en materia de contratación estatal; al respecto la sentencia del Consejo de Estado de 23 de noviembre de 2017 señaló:

“La potestad sancionatoria en las actuaciones contractuales que se rigen por el derecho administrativo se refiere a aquella competencia en virtud de la cual el Estado contratante puede imponer, mediante acto administrativo, una afectación a la posición contractual del contratista, como consecuencia de la determinación de un incumplimiento del contrato o de una transgresión legal.

Las notas características de la potestad sancionatoria contractual, básicamente, se identifican con la imposición de una pena, pero, también, pueden predicarse en aquella actuación mediante la cual el



Estado contratante decide imponer consecuencias económicas adversas, restricciones o limitaciones, como reacción a una conducta ilícita del contratista.

Por ello, al amparo de la Ley 1150 de 2007, el acto administrativo mediante el cual se declara el incumplimiento del contrato se constituye en ejercicio de una potestad sancionatoria, en la medida en que esa decisión conlleva consecuencias negativas o adversas impuestas por razón de la conducta incumplida.

Tales consecuencias comprenden, por ejemplo, la restricción para acceder a nuevas contrataciones o la acumulación de sanciones que puede desembocar en la inhabilidad para contratar, derivada del incumplimiento reiterado del contratista.”

En el concepto de la potestad sancionatoria que se acaba de expresar, se tiene en cuenta que el poder sancionador del Estado contratante no es equivalente al del ius puniendi del derecho penal, es decir, no se corresponde con la modalidad de la represión frente al ilícito penal, aunque comparta principios básicos como lo son la tipicidad y la legalidad.

En este sentido, la Sala reitera la jurisprudencia de la Subsección C, de la Sección Tercera del Consejo de Estado, acerca del principio de legalidad que constituye un presupuesto para el ejercicio de la potestad sancionatoria, de la siguiente manera:

“La potestad sancionadora se halla sometida al principio de legalidad en los siguientes aspectos: 1. Su atribución; 2. El carácter discrecional o reglado de su ejercicio; 3. El espacio temporal en que puede utilizarse, y 4. Las formalidades procedimentales exigidas para imponer una sanción (...) El sancionar en el ámbito contractual es posible porque está expresamente establecido en el ordenamiento jurídico. Ello significa que aun cuando se reconozca en la actualidad que a la Administración se le confía parte del ius puniendi del Estado, la posibilidad de su ejercicio se supedita a una habilitación legal expresa, pues como ya tuvo oportunidad de decirse, en este ámbito se presenta una vinculación de carácter positivo con el principio de legalidad”.

Bajo estas precisiones, se observa que procedimiento administrativo sancionatorio contractual se debe adelantar a la luz del debido proceso, agotando cada uno de hitos procesales previstos en la norma, de conformidad con las competencias otorgadas por el Estatuto General de Contratación.

En lo que tiene que ver particularmente con la posibilidad que tiene la ANI como entidad contratante, de cobrar, no para sí, sino para el INVÍAS y el respectivo municipio el valor de la contraprestación, resulta oportuno traer de presente lo dispuesto en el Laudo Arbitral de 26 de julio de 2018, conformado para dirimir las controversias entre Oleoducto Central S.A. – OCENSA y la ANI, en el cual, ante un idéntico argumento del Concesionario, se resolvió:

“En este contexto, encuentra el Tribunal oportuno referirse a la excepción propuesta por OCENSA en lo atinente a la falta de legitimación en la causa por activa, consagrada en la excepción “W” de la contestación de la demanda de reconvención reformada, 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.

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.

Con ocasión de lo expuesto en los párrafos precedentes, el Tribunal no acoge la excepción W. de la contestación de la demanda de reconvención reformada, y así será dispuesto en la parte resolutive.”



Documento firmado digitalmente



En síntesis, la contratación que celebran entidades estatales, si bien es cierto se rigen por las disposiciones comerciales y civiles que les apliquen, frente a estas prevalecen las reglas establecidas en el Estatuto de la Contratación Pública; así las cosas, la Agencia Nacional de Infraestructura en calidad de parte del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, se encuentra legalmente facultada para perseguir la satisfacción de las obligaciones fijadas en el mencionado pacto, y en consecuencia, cuenta con la competencia para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, aun cuando la ANI no sea la llamada a recibir los dineros del pago de la contraprestación, en cumplimiento del mandato establecido en el artículo 7 de la Ley 1° de 1991:

“Artículo 7. Monto de la contraprestación. Periódicamente el Gobierno Nacional definirá, en los planes de expansión portuaria, la metodología para calcular el valor de las contraprestaciones que deben pagar quienes obtengan una concesión o licencia portuaria, por concepto del uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público y por concepto del uso de la infraestructura allí existente.

Las contraprestaciones por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público las recibirá la Nación a través del Instituto Nacional de Vías, Inviás, o quien haga sus veces, incorporándose a los ingresos propios de dicha entidad, y a los municipios o distritos donde opere el puerto. La proporción será: De un ochenta por ciento (80%) a la entidad Nacional, y un veinte por ciento (20%) a los municipios o distritos, destinados a inversión social. Las contraprestaciones por el uso de la infraestructura las recibirá en su totalidad el Instituto Nacional de Vías, Inviás, o quien haga sus veces.” (negrilla fuera de texto original)

Sobre el particular entonces no puede arribarse a otra conclusión distinta a que la ANI sí ostenta la competencia para adelantar un trámite sancionatorio contractual contra todo concesionario portuario que no realice el pago de la contraprestación, ya que se trata de una obligación del contrato, cuyo cumplimiento únicamente lo puede perseguir la ANI. Cosa distinta, se reitera, es que el pago de la contraprestación no se hace a la ANI, sino al INVÍAS y al Municipio de Buenaventura.

Por otra parte, atendiendo a que el concesionario en sus descargos hace referencia a la figura de la estipulación a favor de otro, establecida en el artículo 1506 del Código Civil⁷, y señala que en virtud de esta las únicas llamadas a exigir el cumplimiento de la obligación contractual serían el INVÍAS y el municipio de Buenaventura, es propio mencionar que el Consejo de Estado en sentencia del 10 de septiembre de 2014⁸, se refiere a esta figura, así:

“De conformidad con lo previsto en el artículo 1506 del Código Civil que regula la figura de la estipulación a favor de otro, sólo los beneficiarios (sic) de la estipulación que en su favor se haga, son los legitimados para exigir el cumplimiento de lo que se hubiere pactado en su interés, y no el estipulante, porque, además de que de manera expresa la ley se lo impide, nada se pacta para sí. (...)

Lo anterior encuentra sustento en virtud de la relación que se genera entre el promitente, en este caso la Unión Temporal contratista, y el beneficiario, en este caso, las víctimas de los hechos descritos en el numeral primero de las condiciones particulares de la Póliza No. 2008401, en donde, por virtud de la estipulación hecha, se constituye en cabeza del primero una obligación de carácter unilateral con respecto al segundo, quien, por tanto, tendrá en cabeza suya un “derecho crediticio correlativo” a dicha obligación .

No obstante ello, no debe pasarse por alto que, en cuanto a la relación existente entre estipulante, en este caso la Red de Solidaridad Social, y promitente, en este caso, la Unión Temporal contratista, ésta es claramente una relación de tipo contractual, a la que se encuentra ligada la obligación unipersonal del promitente para con el beneficiario.

En razón de lo anterior y si bien la ley le otorga de manera exclusiva al beneficiario la facultad de demandar lo estipulado en su favor, esta previsión legal no excluye los derechos que las normas generales le reconocen a todo contratante, razón por la cual, en caso de incumplimiento del

⁷ ARTICULO 1506. <ESTIPULACION POR OTRO>. Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero ponente: Hernán Andrade Rincon. Radicación número: 25000-23-26-000-1999-01860-01(25645)



promitente, el estipulante puede, según lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil, pedir que se declare la resolución del contrato que contiene la estipulación con base en su incumplimiento, así como los perjuicios que por tal virtud se le hubieren causado, porque esta acción deriva del contrato mismo y no de la relación entre promitente y beneficiario.

(...)

En ese orden de ideas, queda claro que el estipulante sí se encuentra legitimado para pedir en vía judicial que se declare el incumplimiento del contrato en razón de la inobservancia del promitente de cumplir la estipulación que se ha pactado a favor de un tercero y, en consecuencia, también para solicitar el reconocimiento de los perjuicios que se le hubieren podido causar en su condición de tal, para lo cual puede intentar la acción resolutoria, que, según la jurisprudencia de esta Corporación⁹, es plenamente aplicable en tratándose de los contratos estatales, o, según el caso y los intereses de quien demande, la acción de incumplimiento.

Así pues, como quiera que la Red de Solidaridad Social no está reclamando el cumplimiento de lo pactado a favor de las víctimas de la violencia, sino el incumplimiento del contrato en el que ella actuó en condición de estipulante, con fundamento en la presunta inobservancia de la Unión Temporal contratista respecto de tal obligación, resulta evidente que, además de que la acción ejercida fue la apropiada, la entidad pública accionante cuenta con interés propio para invocar dicha pretensión y, además, para pedir el reconocimiento de los perjuicios que, en tal virtud, aseguró le fueron ocasionados.”. (Negrilla fuera de texto original)

Lo anterior, ratifica lo ya analizado por el Despacho en cuanto a las facultades que la Ley le otorga para imponer sanciones para conminar en el evento que exista un incumplimiento contractual, por lo cual no es de recibo el argumento planteado por el concesionario en cuanto a que en virtud de la figura de la estipulación a favor de otro, la ANI no se encuentra legitimada para exigir el cumplimiento de la obligación, en tanto es claro que la ANI sí está facultada para exigir el cumplimiento del contrato, y siendo el pago de la contraprestación portuaria una obligación que está prevista en el contrato, su cumplimiento no solo puede, sino que debe ser perseguido por la ANI.

De otro parte, también se plantea en los descargos el carácter personal del daño, para tal fin el apoderado remite a los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia del 21 de enero de 2013, Exp.358-01, del Consejo de fecha 16 de mayo de 2019, Exp.48310 y de fecha 08 de mayo de 2020, Exp.56261, en los que en efecto se plantea dicha característica del daño; no obstante, dichos pronunciamientos se dan bajo el estudio de asuntos en los cuales no se reclama el incumplimiento de un contrato estatal, sino estos surgen con ocasión de la responsabilidad civil extracontractual, de suerte que dichas exigencias tienen origen en la afectación generada a un tercero que no hace parte de la relación negocial, lo cual no aplica al caso que nos ocupa, en el cual el Concesionario tiene relación directa con la ANI, en tanto son las dos partes del Contrato de Concesión cuyo incumplimiento se reprocha en la presente actuación, que se orienta a conminar al contratista al cumplimiento de las cláusulas del contrato, por lo cual es claro que no se está ante los mismos supuestos de hecho, más aun teniendo en cuenta que como ya se ha expuesto, la ANI cuenta con una competencia de orden legal, para exigir el cumplimiento de los contratos de los cuales es parte, como lo es el contrato de concesión portuaria 001 de 2021, aun cuando la contraprestación portuaria por mandato de la Ley deba ser recibida por el INVIAS y el municipio de Buenaventura.

En todo caso, sobre este último punto conviene agregar que al ser claro el daño directo que se genera al INVÍAS y al Distrito de Buenaventura, por el no pago de la contraprestación portuaria, y estando legitimada la ANI para exigir el cumplimiento del contrato, imponer la multa de no cesar el presunto incumplimiento contractual, e imponer los perjuicios que dichas entidades han sufrido por el no pago de la contraprestación, y que corresponden a dichas entidades, es claro que el argumento no resulta de recibo.

- **Las multas se imputan a los intereses moratorios – Los perjuicios como propósito del procedimiento sancionatorio.**

⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de febrero 25 de 2009. Exp: 15797. C.P. Myriam Guerrero de Escobar.



Considera el concesionario que resulta improcedente que la ANI cobre la multa y perjuicios, que en últimas son intereses de mora con una denominación distinta, a partir de lo dispuesto en la Ley 45 de 1990. La aplicación simultánea de estas sanciones genera que a la sociedad contratista, a su parecer, se le esté sancionando dos veces por un mismo hecho o presunto incumplimiento.

Para atender esta argumentación de entrada se debe señalar que el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, el cual dispone que *“En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. Toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación.”*, no resulta aplicable al Contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, ya que tal como fue expuesto en el oficio de citación, los intereses moratorios que se cobran a título de perjuicios en la presente actuación, fueron pactados por las partes en el contrato, por lo que en manera alguna se cobijan por lo dispuesto en la norma citada.

Encuentra el Despacho pertinente recordar que la multa, en la presente actuación, tiene por objeto conminar al contratista al cumplimiento de una obligación, tal como lo ha analizado, en reiteradas oportunidades el Consejo de Estado, quien ha dispuesto que:

“(…) La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial. Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración. (...)”¹⁰

En reciente fallo el Consejo de Estado¹¹ deja clara la finalidad conminatoria de la multa, teniéndose esta como una facultad derivada del deber de vigilancia de dirección de los contratos estatales, siendo en esta oportunidad señalado por el alto Tribunal que la multa, más que pretender una reprimenda al contratista o perjudicarlo económicamente con fines indemnizatorios, busca, por el hecho de su existencia misma, presionar al contratista a cumplir, a fin de lograr el objeto del contrato y por esa vía lograr los fines de la contratación estatal:

*“(…) De conformidad con lo anterior, la imposición de multas no es procedente cuando la obligación por la cual se conmina al contratista haya sido cumplida. **Ello puede explicarse señalando que las multas tienen una finalidad conminatoria y no se prevén como la sanción por incumplimiento de una obligación contractual** (caso en el cual, en realidad, lo que habría que pactar es una cláusula penal por incumplimiento parcial de obligaciones), sino que tiene la finalidad de requerir el cumplimiento de una obligación pendiente.”* (Negrilla fuera del texto).

Por su parte, los perjuicios, a diferencia de la multa, buscan el reintegro del patrimonio del afectado por el incumplimiento, garantizando la integridad y protección ante la afectación que le produjo el comportamiento antijurídico del deudor. Sobre los perjuicios y el daño, el Consejo de Estado ha señalado que:

“El incumplimiento, entendido como la inejecución por parte del deudor de las prestaciones a su cargo por causas que le son imputables a él, puede dar lugar al deber de indemnizar perjuicios si es que esa inejecución le ha causado un daño al acreedor.

En efecto, como toda responsabilidad civil persigue la reparación del daño y este puede consistir en una merma patrimonial, en ventajas que se dejan de percibir o en la congoja o pena que se sufre, es evidente que en sede de responsabilidad contractual un incumplimiento puede causar, o no, una lesión de ésta naturaleza y es por esto que no puede afirmarse que todo incumplimiento irremediamente

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto No. 2040 del 29 de noviembre de 2010.

¹¹ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B, Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ, Bogotá D.C., veintiséis (26) de enero de dos mil veintidós (2022). Referencia: Acción de controversias contractuales Radicación: 68001-23-31-000-2012-00198-01 (58001). Demandante: Estaciones Metrolínea Ltda. Demandado: Metrolínea S.A



produce una merma patrimonial, impide la consecución de una ventaja o produce un daño moral, máxime si se tiene en cuenta que dos cosas diferentes son el daño y la prestación como objeto de la obligación.

Causar un daño genera la obligación de reparar el perjuicio causado con él pero si el acreedor pretende que el juez declare la existencia de esa obligación y que por consiguiente el deudor sea condenado al pago de la indemnización, aquel tiene la carga de demostrar su existencia y su cuantía.¹²

Respecto de obligaciones dinerarias se ha dicho por la doctrina que el perjuicio que resulta de la mora consiste en que el acreedor habrá quedado privado temporalmente de la suma de dinero con la cual contaba en la fecha en que debía ser ejecutada la obligación de pagar. Desde el momento en que el deudor se encuentra en mora, el acreedor tiene derecho a exigir la reparación del perjuicio que resulte de la mora sin probar su existencia. En otras palabras, se presume la existencia del daño por el solo hecho de haberse comprobado la mora en la ejecución. La ley ha establecido que los daños y perjuicios por el retardo en el pago de una suma de dinero son los intereses de mora.¹³ Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha precisado que *cuando la obligación incumplida es la de pagar una cantidad de dinero, la ley presume la existencia del daño, sin que el acreedor tenga la carga de probarlo, toda vez que éste se ocasiona desde el momento en que el deudor debió cumplir con el pago de la deuda y lo omitió, razón por la cual, tanto en el derecho privado (Código Civil y Código de Comercio) como en el público (Ley 80 de 1993) se consagra que la indemnización de perjuicios ante el incumplimiento del pago oportuno de una cantidad de dinero se traduce en el reconocimiento de intereses de mora.¹⁴*

Luego entonces no es cierto lo afirmado por el apoderado en descargos cuando señala que *las multas se imputan a los intereses moratorios* o que los *intereses moratorios participan de la naturaleza de las multas por que tienen como propósito constreñir para que el deudor cumpla el pago de la obligación dineraria*, ya que como se ha acreditado, la multa y los perjuicios son consecuencias claramente diferenciadas, con propósitos muy distintos, en tanto que, mientras la primera persigue apremiar al contratista incumplido a que cese en su incumplimiento, la segunda pretende que la administración pueda obtener la reparación por el daño que dicho incumplimiento le haya causado, que en este caso fue previsto de común acuerdo entre las partes; es por ello que dichas consecuencias, de forma alguna riñen entre sí, y por ende no resulta de recibo el argumento, en tanto no se trata de dos sanciones por el mismo hecho, sino de una medida conminatoria, la multa, por no cesar en el Incumplimiento, y una reparación por los perjuicios sufridos, los intereses moratorios pactados en el contrato.

Al respecto obra en el expediente el memorando radicado ANI No. 20233080027963 de 20 de febrero de 2023, mediante el cual la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC de la ANI, se refiere a la tasación de perjuicios indicando que:

“Por otro lado, en cuanto a alegado por el apoderado del Concesionario en sus descargos, respecto de la liquidación de los intereses, que indica:

“(…) en la liquidación (Realizada por el área financiera de la ANI), se está incurriendo en un doble cobro, puesto que no solamente se aplica una tasa superior al 25% que por ley no puede ser excedida, dado que la obligación es en dólares, sino que, además, se aplica el interés bancario corriente aumentado en la mitad, actualizado posteriormente a la TRM que se encuentre vigente a la fecha en que el concesionario realice el pago”.

Es preciso mencionar que la liquidación de intereses por mora se realiza con base en lo dispuesto por el Contrato de concesión portuario No.001 de 2021 CAPITULO IV numeral 4.1 literales (c) y (d) y su Otrosí No. 1 de 2022 CLAUSULA SEGUNDA que estable lo siguiente, a saber:

(…)

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de julio 24 de 2013. Radicación número: 73001-23-31-000-1997-14722-01(25131) C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de abril 14 de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214) C.P Ruth Stella Correa Palacio

¹⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 11001-3103-022-1997-14171-01.



Documento firmado digitalmente



MONEDA DE LIQUIDACIÓN Y PAGO: De conformidad con el procedimiento de Autoliquidación y pago descritos en este Contrato, el cálculo de la Contraprestación portuaria, así como su liquidación, se realizará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD). El pago de esta deberá hacerse en pesos colombianos (COP), según la TRM descrita en el anexo 2 del Documento CONPES 3744 del 15 de abril de 2013, o el documento que lo modifique.

INTERESES DE MORA: En caso de generarse intereses de mora a favor del Estado, estos se liquidarán a la tasa máxima legal permitida por la ley sobre el valor en pesos de la obligación en mora, de acuerdo con lo establecido en el Artículo 884 del Código de Comercio, liquidados a la tasa representativa del mercado -TRM- que se encuentre vigente en la fecha que la sociedad realice el pago. El solo retardo en el pago de la Contraprestación generará intereses por mora. El Concesionario, renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora (...)

Por lo tanto, el 25% manifestado por el concesionario como tasa máxima de interés moratorio por Ley permitida, no es aplicable para este caso debido a que las partes pactaron mediante el contrato de concesión portuario No. 001 de 2021, que el mismo se liquidaría de acuerdo a la tasa máxima legal permitida por la ley reportada por la Superintendencia Financiera sobre el valor en pesos de la obligación en mora; por lo que, dicho porcentaje, solo será aplicable para aquellos casos en que no se haya convenido nada respecto al cobro de los intereses moratorios, pues no podrán establecer reglas supletorias de la voluntad de las partes en materia de intereses o tasas moratorias¹⁵.

Lo anterior se sustenta adicionalmente en lo manifestado por el Banco de la República en concepto JDS-06787 de la Secretaría de la Junta Directiva en el que expresa lo siguiente:

“Estas tasas podrán ser diferentes en atención a aspectos tales como la clase de operación, el destino de los fondos y el lugar de su aplicación. Los establecimientos de crédito que cobren tasas de interés en exceso de las señaladas por la Junta Directiva estarán sujetos a las sanciones administrativas que establezca la Junta en forma general para estos casos;”

Como se observa, la Junta Directiva como autoridad crediticia tiene competencia para señalar las tasas máximas de interés que pueden convenirse en las operaciones internas estipuladas en divisas, y no para establecer reglas supletorias de la voluntad de las partes en materia de intereses o tasas moratorias. (subrayado es nuestro).

Así, es claro que el Concesionario tenía pleno conocimiento de las obligaciones contenida en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, y en ningún momento expresó algún tipo de salvedad al respecto.

Es así como, de las pruebas obrantes en el expediente es indiscutible que el concesionario no ha dado cumplimiento a su obligación de realizar el pago de la contraprestación portuaria pactado en el contrato, y no presenta hechos que justifiquen tal conducta, por lo cual, habiendo incumplido sus obligaciones, esto conduce a la imposición de una multa a fin de conminarlo al cumplimiento y la imposición de perjuicios que corresponden a los intereses de mora por el retardo en el pago de la contraprestación, consecuencias que se encuentran previstas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, de las cuales la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., tenía conocimiento, y aceptó con la suscripción del contrato.

Finalmente en lo relacionado a que la cláusula del contrato que fija los intereses por el no pago oportuno de la contraprestación portuaria, es nula por estar en discrepancia con otras normas legales de carácter imperativo, sea este el momento para precisar que el procedimiento sancionatorio contractual no es el escenario para ventilar pretensiones orientadas a declarar la nulidad absoluta del contrato o de algunas de sus cláusulas, y atendiendo a que en la presente actuación no se tiene conocimiento de alguna decisión judicial en este sentido que afecte lo convenido en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, se concluye que el clausulado es exigible, en los términos acordados por las partes, incluyendo la cláusula relativa a los intereses.

Por lo anterior no es de recibo el argumento planteado por el concesionario.

¹⁵ Banco de la República (30-03-2016) JDS-06787 Concepto de la Secretaría de la Junta Directiva.



5.2.2 Análisis de los Descargos de la compañía Seguros del Estado S.A.

En consideración a que el apoderado de la compañía de seguros argumentó en el mismo sentido del concesionario la falta de legitimidad de la Agencia Nacional de Infraestructura para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio por el no pago de la contraprestación portuaria prevista en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, el alcance y finalidad de la multa, la confusión entre la multa y los intereses moratorios, y la multiplicidad de sanciones por un mismo hecho, el Despacho, en aplicación del principio de economía, no se referirá nuevamente a los mismos, en vista de que estos ya fueron analizados previamente en este acto administrativo, concluyendo su no prosperidad.

Ahora bien, en cuanto a lo planteado respecto al límite del valor asegurado y la compensación de obligaciones, procede el Despacho a realizar las siguientes precisiones:

- **Naturaleza del seguro de cumplimiento y el límite de la responsabilidad respecto del valor asegurado**

En primer lugar, el Despacho considera oportuno referirse al seguro de cumplimiento y sus características en materia de contratación estatal; al respecto el Consejo de Estado en sentencia del 22 de abril de 2009, señaló que:

“(...) si la garantía de cumplimiento del contrato estatal está orientada a indemnizar al Estado para que el patrimonio público no se vea afectado por razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el contratista en virtud de la celebración de un contrato y los seguros de daños también tienen una finalidad indemnizatoria para el asegurado o beneficiario cuando quiera que su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado, debe arribarse a la conclusión de que la garantía de cumplimiento de los contratos estatales se ubica dentro de los seguros de daños de que trata la ley comercial (...)”¹⁶.

En consonancia con lo anterior, la sentencia del 12 de febrero de 2015¹⁷, retoma tal concepto para referirse a las características de la mencionada garantía, enunciando que:

“(...) a la luz del mencionado artículo 1088 del Código de Comercio, el seguro de cumplimiento tiene las siguientes características generales: (i) es una especie del seguro de daños patrimoniales, (ii) dada la naturaleza meramente indemnizatoria de los seguros de daños, no basta para la efectividad del seguro que el hecho constitutivo del siniestro haya acaecido, sino que resulta indispensable que éste haya causado un daño al patrimonio del acreedor, pues es obvio que si no hay daño en el patrimonio del beneficiario no se abre paso la indemnización, iii) por ser un seguro de mera indemnización y no de indemnización plena, el monto a indemnizar por parte del asegurador no necesariamente debe corresponder al valor asegurado, sino que debe ser aquel que resulte del daño o perjuicio efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor, sin que el valor a indemnizar pueda ser mayor a la suma asegurada¹⁸ mediante la póliza de garantía, razón por la cual el seguro de cumplimiento no puede constituir fuente de enriquecimiento para el asegurado o beneficiario.”

(...)

en materia de contratación estatal, el procedimiento para hacer exigible alguno o algunos de los amparos comprendidos en la garantía única es distinto al procedimiento que deben adelantar los particulares frente a la aseguradora, específicamente, porque no se aplica el trámite previsto en los artículos 1075 y 1077 del Código de Comercio, relativos a la reclamación por parte del asegurado y a la objeción que puede formularle el asegurador¹⁹, pues, por una parte, tal reclamación se suple con la

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de abril 22 de 2009, exp. 14.667.

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de febrero 12 de 2015. radicación número: 25000-23-26-000-2003-00874-01(28278) C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸ En la obra “Teoría General del Seguro- El contrato”, el tratadista Efrén Ossa dice que “la suma asegurada es el valor del seguro o valor asegurado, el cual debe indicarse en la póliza por medio de una cifra absoluta o de criterios que permitan su fijación. La determinación de la suma asegurada es una decisión del asegurado, adoptada atendiendo el grado de protección que estime conveniente y su capacidad de pago de prima.

¹⁹ La objeción a la reclamación, según el Tratadista Hernán Fabio López Blanco, se entiende como “la manifestación realizada por la compañía aseguradora frente a la reclamación debidamente formulada, indicando que no está obligada a indemnizar por no operancia (sic) del amparo o porque existiendo el mismo la cuantía reclamada excede de lo



Documento firmado digitalmente



expedición del acto administrativo mediante el cual se declara ocurrido el siniestro y se ordena hacer efectiva la garantía y, por otro lado, la objeción de la aseguradora se surte a través de la interposición de los recursos procedentes contra los mencionados actos administrativos y, en últimas, con la impugnación por vía judicial de los mismos.

(...)

el seguro de cumplimiento, por regla general, no da lugar a la indemnización plena o integral del daño ocasionado con la ocurrencia del siniestro, sino que se restringe al postulado imperativo del artículo 1088 del Código de Comercio, es decir, el monto a indemnizar se limita al monto que resulte del daño o perjuicio patrimonial efectivamente ocasionado al patrimonio del acreedor, sin que sobrepase el monto asegurado, tal como lo dispone el artículo 1079 del Código de Comercio (...).

Bajo estas premisas, se observa que las garantías de cumplimiento se encuentran establecidas para resarcir el daño sufrido por el Estado, cuando este tiene origen en el incumplimiento del contratista, en este sentido, en el asunto que nos ocupa es claro que la Póliza de Cumplimiento No. 21-44-101341212, fue concebida para amparar el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, y considerando que como se expuso en líneas anteriores la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., no ha dado cumplimiento a su obligación de pago de la contraprestación, se encuentra demostrado el siniestro y a su vez se ha cuantificado, como fue enunciado en la citación a la audiencia, por lo cual se cumplen con las premisas para declarar ocurrido el siniestro, y de darse la reclamación está se hará hasta el límite del amparo establecido en la póliza.

• Compensación de obligaciones

La apoderada de Seguros del Estado solicitó que se haga uso de la figura de la compensación de las obligaciones a cargo del contratista.

Sea lo primero indicar que la compensación opera por ministerio de la ley, de donde deviene que, siempre que se den los presupuestos indicados por el Código Civil, esto es, que se trate de dos obligaciones actualmente exigibles, y una en favor de un acreedor que a su vez es deudor en la otra obligación, ello basta para que opere dicha figura jurídica.

En el presente caso, sin embargo, la solicitud no puede ser de recibo, por cuanto no existe una obligación de multa actualmente exigible, en tanto para ello tendría que estar en firme una decisión de imposición de la multa, y en el caso presente, ello no ha ocurrido.

Ahora bien, conviene en todo caso citar el pronunciamiento del Consejo de Estado, sentencia del 25 de noviembre de 2019²⁰, en la cual se pronunció respecto a la figura de la compensación, solicitada por una compañía de seguros, de la siguiente manera:

“Las citadas disposiciones legales ponen de presente claramente que la compensación de obligaciones es una figura jurídica que no solo es procedente entre entidades de derecho público, sino también entre éstas y personas de derecho privado, en el evento en que ambas personas (pública y privada) sean deudoras recíprocas, lo cual puede ocurrir en las materias atrás señaladas o en cualquier otro ámbito en que una entidad estatal y un particular con el cual ésta tiene una relación jurídica ostenten esa condición.

(...)

El artículo 1714 del Código Civil, en concordancia con el artículo 1625 ibídem, prevé que la compensación es uno de los modos de extinción de las obligaciones, que opera cuando dos personas son deudoras una de otra, recíprocamente.

La compensación, según el artículo 1715 de la normativa citada, opera por ministerio de la ley y aun sin el consentimiento de los deudores, disolviéndose las deudas recíprocas hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento en que una y otra reúnen las siguientes calidades: i) Que ambas

considerado como cantidad equitativa y correlativa al daño experimentado efectivamente, evento éste en que la objeción viene a ser parcial pues está aceptando la operancia del amparo y parte de la cuantía. Para realizar esa manifestación la empresa cuenta con un perentorio término legal, por lo mismo inmodificable, de 60 días, contados a partir de aquel en que se haya completado la reclamación” (Revista Fasecolda No. 9, Aviso de siniestro, reclamación, objeción y subrogación dentro del contrato de seguro).

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia de noviembre 25 de 2019. Radicación número: 25000-23-24-000-2004-00638-01 C.P. Oswaldo Giraldo López



Documento firmado digitalmente



tengan por objeto dinero o cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad; ii) Que ambas deudas sean líquidas, y iii) Que ambas sean actualmente exigibles. Agrega el artículo 1716 ibídem, que para que haya lugar a la compensación es preciso que las dos partes sean recíprocamente deudoras, de suerte que el deudor principal no puede oponer a su acreedor, por vía de compensación, lo que el acreedor deba al fiador.

Conforme a las citadas normas, constituyen requisitos o presupuestos de la compensación, de un lado, la reciprocidad de las obligaciones, esto es, las partes han de ser mutuamente y actualmente acreedoras y deudoras; de otro, la homogeneidad de las prestaciones, y finalmente, la liquidez y exigibilidad de las obligaciones: la obligación es líquida cuando de manera explícita manifiesta qué, cómo y cuánto se debe, y es exigible, cuando es cierta y está definida y, por lo mismo, ha llegado la oportunidad de hacer el pago.

Debe precisarse que, aunque la compensación opera por ministerio de la ley, si no existe acuerdo al respecto, es requisito indispensable para que la misma se configure formalmente y produzca efectos jurídicos que haya sido alegada por una de las partes y que sea declarada por un juez, el cual no puede reconocerla de oficio.

(...)

En armonía con lo señalado, debe agregarse que la alegación de la compensación debe ser efectuada por los deudores involucrados, como beneficiarios de sus efectos jurídicos, y no por personas distintas a ellos. En efecto, si el presupuesto de la compensación es que dos personas sean deudoras una de otra, solamente están legitimados para alegar esta forma extintiva de las obligaciones tales personas, pues es un derecho que les asiste a ellas y no a terceros.

ii.4. Pues bien, a la luz de las anteriores consideraciones, advierte la Sala que en el presente asunto no era aplicable la figura jurídica de la compensación de obligaciones, por lo cual no pueden estimarse como infringidas las disposiciones legales invocadas por la parte actora.

En efecto, en primer lugar, porque la sociedad Agrícola de Seguros S.A. no se encontraba legitimada para alegar la compensación, pues claramente no se trata del titular del crédito que se pretendía extinguir bajo esta forma liberatoria, sino de su garante. Lo mismo, solo le correspondía a la sociedad ACES, quien, a pesar de que fue requerida en distintas oportunidades por la demandada para el pago de las facturas por servicios aeronáuticos y de aeronavegación, guardó silencio al respecto, conducta que también observó al interior de este proceso.”

Si bien conforme a lo dispuesto por este Despacho, la solicitud de compensación no es procedente por no existir una obligación de multa actualmente exigible, resulta oportuno que las compañías aseguradoras tengan presente el pronunciamiento jurisprudencial referido, ante un eventual proceso de cobro de una multa impuesta al Concesionario.

5.2.3. Análisis de los Descargos de la Aseguradora Nacional de Seguros S.A.

Atendiendo a que el apoderado de la garante coadyuvó los argumentos planteados por el concesionario y la compañía Seguros del Estado, relacionados con la legitimación de la ANI para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio contractual e imponer multas, la confusión entre la multa y los intereses moratorios, los límites a la aplicación de intereses moratorios en obligaciones establecidas en moneda extranjera, la aplicación de la figura de la compensación y la de limitación del valor asegurado, así como la aplicación del coaseguro; frente a estos argumentos no encuentra el Despacho que se deban hacer manifestaciones adicionales, en virtud del principio de economía, en tanto como el mismo apoderado lo consideró, estos resultan redundantes en vista de que fueron planteados en la exposición realizada por los otros citados, y estos ya fueron abordados ampliamente en apartes anteriores, concluyendo su no prosperidad, con excepción de que, claramente, de llegar a imponerse una multa, se tendrán en cuenta tanto el límite del valor asegurado por cada compañía de seguros, como el porcentaje de coaseguro de cada una, conforme se pasa a exponer.

• Límite de responsabilidad por la existencia de coaseguro.

Dentro de las argumentaciones propuestas por el apoderado, mencionó que el coaseguro es la figura a través de la cual dos o más aseguradoras, a solicitud del asegurado o con su aquiescencia,



acuerdan distribuirse entre ellas determinado seguro, por lo que solicitó se tenga en cuenta la cláusula de coaseguro.

Analizado este argumento, encuentra el Despacho que el artículo 1095 del Código de Comercio hace referencia a lo siguiente:

“Artículo 1095. Coaseguro. Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro.”

Es así como en uso de esta posibilidad legal se expidió la póliza de seguro de cumplimiento N° 21-44-101341212 que estableció un riesgo asumido por dos aseguradoras en la siguiente proporción:

Número de la Póliza	Aseguradora	Coaseguro	Amparo	Vigencia	Valor
Póliza de No. 21-44-101341212	SEGUROS DEL ESTADO S.A. (70%)	NACIONAL DE SEGUROS S.A. (30%)	Cumplimiento Contrato de Concesión No. 001 de 2021	Del 01/12/2020 al 01/12/2025	US\$3,253,347.00

Así las cosas, y ante la evidente existencia de incumplimiento endilgado al concesionario, se dará aplicación a lo solicitado por la aseguradora y en consecuencia se afectará la póliza de cumplimiento, en las proporciones en ella previstas, en caso de que el concesionario no realice los pagos de las consecuencias impuestas.

VI. DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO

6.1 Declaratoria de incumplimiento

En consideración a que en la solicitud de inicio, se indica que el contratista no dio cumplimiento a las obligaciones contractuales previstas en el capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1 del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, al no realizar en pago de la contraprestación correspondiente al año 2022, y al no haberse incorporado a esta actuación prueba alguna o justificación que permita desestimar las pruebas obrantes en el expediente, acreditando el cumplimiento de la obligación, el Despacho declarará el incumplimiento por parte del contratista, y procederá a pronunciarse respecto de las consecuencias del mismo.

6.2 Tasación de la multa

La multa por imponer, de conformidad con lo previsto en la Sección 9.1 y 9.6 literal (a) romanito (i) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, señala lo siguiente:

“9.1 Multas y Sanciones
(...)
(d) Para la imposición de las Multas y Sanciones, la ANI tendrá en cuenta los principios de razonabilidad y de proporcionalidad, de suerte que la Multa o Sanción a imponer esté acorde con la gravedad del incumplimiento contractual.

- (i) La gradualidad de las Multas y Sanciones atenderá a los siguientes criterios:
- (1) El grado de afectación en la ejecución del Plan de Inversiones y/o la prestación del servicio en el Terminal Portuario del Contrato.
 - y
 - (2) La reincidencia en el incumplimiento contractual.
- (ii) Conforme a dichos criterios, los incumplimientos se clasifican en:



(1) *Leves: Si no afectan el cumplimiento la ejecución del Plan de Inversiones y/o la prestación del servicio en el Terminal Portuario del Contrato, y tampoco existe reincidencia. Cuando se trate de incumplimientos leves. La Multa o Sanción deberá ser menor al treinta y cinco por ciento (35%) de los SMMLV o del valor de la Multa o Sanción.*

(2) *Graves: si afecta el cumplimiento la ejecución del Plan de Inversiones y/o la prestación del servicio en el Terminal Portuario y no existe reincidencia, o no afectan las actividades de ejecución del Contrato, pero si existe reincidencia. Cuando se trate de incumplimientos graves, la Multa o Sanción deberá ser mayor al treinta y cinco por ciento (35%) y menor o igual al setenta por ciento (70%) de los SMMLV o del valor de la Multa o Sanción.*

(3) *Muy Graves: si afecta la ejecución del Plan de Inversiones y/o la prestación del servicio en el Terminal Portuario y además hay reincidencia. Cuando se trate de incumplimientos muy graves, la Multa o Sanción deberá ser mayor al setenta por ciento (70%) de los SMMLV o del valor de la Multa o Sanción.*

(...)
9.6 Multas

(a) *El concedente podrá imponer Multas al Concesionario, en los siguientes eventos:*

(i) *Por no cumplir con el pago de la Contraprestación de que trata las Secciones 4.1 y 4.3 del presente Contrato, en cuantía y fecha indicada en el mismo, se causará una Multa por incumplimiento, equivalente al uno por ciento (1%) de la Contraprestación dejada de pagar, sin perjuicio de los intereses de mora pactados en el presente Contrato.”*

En consecuencia, de acuerdo con el concepto financiero radicado ANI No. 20233080153303 de fecha 12 de octubre de 2023, en el que se indica:

“Es importante señalar que, como resultado de la celebración del Otrosí No. 1 de 2022 al Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, se efectuó una revisión y actualización del valor de la contraprestación liquidada, tal y como se informó (a las Entidades Recaudadoras y al Concesionario) en concepto financiero de radicado No.20233080054011 de fecha del 20 de febrero de 2023, y además se procedió a dar alcance de los informes de contraprestación de agosto, octubre y noviembre de 2022 en dicha comunicación.

*En consecuencia, La Sociedad Portuaria Puerto Solo S.A. presenta un valor pendiente por concepto de contraprestación de la vigencia 2022, por la suma total de **USD 3.174.825** por capital. de los cuales USD 2.539.860 corresponden al INVIAS y USD 634.965 corresponden al Municipio de Buenaventura), como se detalla a continuación:*

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD)		TOTAL K (USD)
	INVIAS	MUNICIPIO	
20/02/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825

* Deberán ser pagados a la TRM promedio del año anterior establecida en el CONPES 3744 de 2013
Fuente: Concepto financiero 20233080054011 de fecha del 20 de febrero de 2023

De acuerdo a lo indicado en el memorando de radicado No. 20223080110863 del 12 de septiembre de 2022, se realiza la tasación de la multa del uno por ciento (1%) sobre la cuantía de contraprestación dejada por pagar, tal como lo establece la cláusula de multas, y para la gradualidad a dicho valor se aplicaría el treinta y cuatro coma noventa y nueve por ciento (34,99%) límite superior de la gradualidad “LEVE” debido a que el pago de la contraprestación es una obligación fundamental en los aspectos económicos del contrato de concesión portuario, debido a que afecta directamente el presupuesto de la Entidades territoriales(INVIAS y Municipio de Buenaventura Valle del Cauca), que de acuerdo con lo estipulado en la Ley 1 de 1991, Artículo 7 y modificado por el Artículo 1 de la Ley 856 de 2003 y reglamentado parcialmente por el Decreto 1587 de 2004, deberán destinar dichos recursos especialmente a la ejecución de obras de construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos en el respectivo



distrito, como también para la mitigación de daños ambientales en el área de influencia del proyecto, entre otras actividades.

Así las cosas, la tasación de la multa es siguiente:

DETALLE	VALOR
Total Contraprestación dejada de pagar (1)	USD 3.174.825
Multa (1%) (2)	1%
Valor Multa por contraprestación (3) = (1)*(2)	USD 31.748
Gradualidad (LEVE) (4)	34,99%
Valor Multa por contraprestación con gradualidad (5) = (3)*(4)	USD 11.109

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGCON

Por lo anterior, el valor de la multa por incumplimiento por el NO pago de Contraprestación asciende a la suma de **ONCE MIL CIENTO NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$11.109)**, valor que se deberá pagar de conformidad con la TRM del día que efectivamente se realice el pago, recomendando establecer: a dónde deber ser girado (# de cuenta, tipo de cuenta, identificación según corresponda), el término para realizar dicho pago como por ejemplo diez (10) días hábiles siguientes al Acto Administrativo que imponga la multa, y en caso de no cumplir con dichos términos se deberá establecer la tasa de interés moratorio, a la tasa que se considere jurídicamente aplicable.”

6.2 Tasación de Perjuicios

De acuerdo con la información brindada por la supervisión mediante el Memorando No. 20233080153303 de fecha 12 de octubre de 2023, los perjuicios derivados del no pago de contraprestación corresponderían al valor adeudado por el Concesionario por concepto de intereses moratorios, en atención al no pago de la contraprestación del año 2022 el cual debía pagarse antes de finalizar el mes de febrero de dicho año, y en consecuencia, indicó el valor de los perjuicios, intereses moratorios, tanto por el valor correspondiente al INVÍAS, como por el valor correspondiente al Municipio, liquidándolo desde el 17 de octubre al 31 de octubre de 2023, así:

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD) VIGENCIA 2022		TOTAL K (USD)	SALDO ACUMULADO CAPITAL (COP) VIGENCIA 2022		INTERESES ACOMULADOS (COP) (**)		TOTAL, INTERESES (COP)(**)
	INVÍAS	MUNICIP.		INVÍAS Y MUNICIPIO (*)		INVÍAS	MUNICIPIO	
17/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.441.490.496	\$1.360.372.613	\$ 6.801.863.109
18/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.451.419.045	\$1.362.854.750	\$ 6.814.273.795
19/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.461.347.594	\$1.365.336.887	\$ 6.826.684.481
20/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.471.276.143	\$1.367.819.025	\$ 6.839.095.167
21/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.481.204.692	\$1.370.301.162	\$ 6.851.505.853
22/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.491.133.241	\$1.372.783.299	\$ 6.863.916.540
23/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.501.061.790	\$1.375.265.436	\$ 6.876.327.226
24/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.510.990.339	\$1.377.747.574	\$ 6.888.737.912
25/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.520.918.887	\$1.380.229.711	\$ 6.901.148.598
26/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.530.847.436	\$1.382.711.848	\$ 6.913.559.285
27/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.540.775.985	\$1.385.193.985	\$ 6.925.969.971
28/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950		\$ 5.550.704.534	\$1.387.676.123	\$ 6.938.380.657



Documento firmado digitalmente



29/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950	\$ 5.560.633.083	\$1.390.158.26 0	\$ 6.950.791.343
30/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950	\$ 5.570.561.632	\$1.392.640.39 7	\$ 6.963.202.029
31/10/2023	USD 2.539.860	USD 634.965	USD 3.174.825	\$ 13.515.608.950	\$ 5.580.490.181	\$1.395.122.53 4	\$ 6.975.612.716

**Corresponde a los intereses causados por mora de pago de contraprestación
Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGCON

Sin embargo, teniendo en cuenta que según lo informado por el INVÍAS mediante Oficio No. SDJ 6712 del 09 de febrero de 2023, suscrito por el Subdirector de Defensa Jurídica (e) del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, en la actualidad cursa el proceso de cobro coactivo No. PJC 034 – 2022, adelantado por el Instituto Nacional de Vías - INVIAS, en contra de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., en el cual se persigue lo adeudado a la Nación - INVÍAS, por concepto de la contraprestación portuaria para el año 2022 prevista en el contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, en el cual se pretende al pago del capital y los intereses acumulados, este Despacho no ordenará en esta actuación el pago de los perjuicios por los intereses de mora correspondientes al no pago de la contraprestación al INVÍAS, para el año 2022, sino que únicamente ordenará el pago de esos perjuicios ocasionados por el no cumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación, al Distrito de Buenaventura, que según informa la supervisión, para la fecha de expedición de la presente Resolución, ascienden a la suma de **MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS ONCE PESOS M/CTE. (\$1.380.229.711).**

VII. SOBRE LA COBERTURA DE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO Y SU AFECTACIÓN

Finalmente, con ocasión del incumplimiento a cargo del Concesionario, procede la afectación de la Póliza de Cumplimiento No. 21-44-101341212, anexo No. 2, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. (70%) en coaseguro con NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES (30%), póliza que ampara el cumplimiento del Contrato de Concesión No. 001 de 2021, constituida a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, en el evento en que el Concesionario no cancele la multa y los perjuicios que se le han de imponer en este acto administrativo, de llegar el mismo a quedar en firme.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTICULO PRIMERO. DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO de las obligaciones establecidas en el capítulo IV, numeral 4.2 y 4.3, capítulo V, numeral 5.1 del contrato de concesión portuaria No.001 de 2021, por parte de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A.

ARTÍCULO SEGUNDO. IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA prevista en la Sección 9.6 literal (a) romanito (i) del contrato concesión portuaria No.001 de 2021, la cual corresponde a **ONCE MIL CIENTO NUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$11.109)**, valor que se deberá pagar de conformidad con la TRM del día que efectivamente se realice el pago, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución. El valor a pagar deberá ser consignado a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, identificada con NIT. 830125996, en la cuenta de ahorros de Bancolombia No. 18816489667, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, so pena de causarse intereses moratorios.

ARTÍCULO TERCERO. CUANTIFICAR E IMPONER los perjuicios derivados del no pago de la contraprestación a partir del incumplimiento declarado, los cuales corresponden al valor adeudado por el Concesionario por concepto de intereses moratorios causados, únicamente por el no pago correspondiente al Distrito de Buenaventura, en la suma de **MIL TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES DOSCIENTOS VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS ONCE PESOS M/CTE. (\$1.380.229.711).**



Documento firmado digitalmente



ARTÍCULO CUARTO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de cumplimiento No. 21-44-101341212, anexo No. 2, expedida por SEGUROS DEL ESTADO S.A. (70%) en coaseguro con NACIONAL DE SEGUROS S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS GENERALES (30%), en la que actúa como asegurado la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA - ANI y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 001 de 2021, en el evento en que la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A. se abstenga de efectuar el pago de la sanción de multa y de los perjuicios impuestos.

ARTÍCULO QUINTO. 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 Bogotá y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación.

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

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

ARTÍCULO OCTAVO. 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 NOVENO. 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 DÉCIMO. COMUNICAR al INVÍAS y al Distrito de Buenaventura, la presente decisión, una vez se encuentre en firme.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta decisión.

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25-10-2023**

EDUARDO DURÁN MONTOYA

Coordinador G.I.T. Procedimientos Sancionatorios Contractuales
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Proyectó: Adriana Patricia Bernal Peña - Experto GIT Sancionatorios VJ
Revisó: Ronaldo Rafael Santos – Experto GIT Sancionatorios VJ