



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20237070017555



Fecha: 14-12-2023

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos, por la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., Seguros del Estado S.A. y Nacional de Seguros S.A., contra la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023. Expediente No. 20227070320700067E”

EL COORDINADOR DEL GIT DE 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 resolver los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

CONSIDERANDO

I. ANTECEDENTES

Que el 25 de octubre de 2023 fue notificada la Resolución No. 20237070013805 de la misma fecha, *“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”*, de conformidad con lo previsto en el literal (c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023 se resolvió lo siguiente:

“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.





Documento firmado digitalmente



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)**. 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 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.”

Que, en contra de la citada decisión, el Concesionario y las garantes interpusieron recurso de reposición, por medio de los cuales solicitaron que esta fuera revocada, para lo cual se fijó como fecha para la sustentación el día 02 de noviembre de 2023.

Que, en la fecha señalada se reanudó la audiencia, en la cual se surtió la sustentación de los recursos interpuestos contra la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, sin que se solicitara la práctica de pruebas.



II. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

La Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., Seguros del Estado S.A. y Nacional de Seguros S.A., sustentaron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No.20237070013805 del 25 de octubre de 2023, en los siguientes términos:

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

El Concesionario sustentó el recurso de reposición, de acuerdo con su versión oral y escrita, el cual se concreta en los siguientes argumentos:

2.1.1. La ANI no está legitimada para perseguir las sumas impuestas en la Resolución.

Señaló que la ANI no tiene legitimación para reclamar las sumas que le pertenecen a los acreedores de la Contraprestación; que la competencia de la ANI para adelantar procesos sancionatorios no se puede confundir con la legitimación para reclamar una obligación de la cual no es acreedor; que la Contraprestación Portuaria, por ser una estipulación a favor de otro, solo puede ser cobrada por el tercero beneficiario; que en este caso no se cuestiona la competencia de la ANI para imponer multas y sanciones en el marco de la relación contractual con PUERTO SOLO S.A., sino para cobrar los intereses de mora causados por el retardo en el pago de la contraprestación portuaria.

Puso de presente que el numeral 6° del artículo 4° de la Ley 80 de 1993, indica que una entidad estatal puede obtener la indemnización por los daños que sufra la misma entidad, no terceros, por lo cual, esta no puede ser interpretada como una autorización para que la entidad pública asuma la labor de cobrar acreencias de otras entidades del Estado y que *“es contrario al Estatuto de la Contratación Pública concluir que las disposiciones comerciales y civiles no son aplicables a un contrato de concesión y que, por tanto, la potestad sancionadora de las entidades estatales prevalece sobre la naturaleza de cualquier instituto jurídico regulado en el derecho privado, como la estipulación a favor de otro y el carácter personal del daño”*.

Argumentó que en la Resolución que se recurre, se considera que la Contraprestación Portuaria es una estipulación a favor de otro, que la ANI como estipulante, puede reclamar la suma pactada y los perjuicios sufridos por el beneficiario, que para el efecto se citó una decisión del Consejo de Estado, que a su consideración no fundamenta la posición en tanto *“la entidad estatal puede perseguir el incumplimiento de lo estipulado y reclamar los perjuicios que se le hayan causado en su calidad de estipulante; no los perjuicios sufridos por tercero beneficiario de la estipulación”* y en este caso los intereses de mora constituyen el perjuicio sufrido por los beneficiarios de la Contraprestación Portuaria, por lo que la ANI no ha acreditado que el retardo en el pago de la contraprestación le hubiere causado un perjuicio.

Señaló que no es cierto que la Contraprestación sea *“una obligación del contrato, cuyo cumplimiento únicamente lo puede perseguir la ANI”*, que tanto es así que el INVIAS inició un cobro coactivo y por tal motivo en la Resolución no se condena a Puerto Solo al pago de estos intereses moratorios y para el efecto, hace referencia al laudo arbitral emitido con ocasión de la controversia entre la Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S.A. SPRBUN y la ANI, frente al cual se afirma por el Concesionario que la Contraprestación Portuaria es una estipulación a favor de otro, en consecuencia *“la ANI ni es acreedora de la Contraprestación portuaria ni puede actuar en calidad de tal imponiendo intereses moratorios por perjuicios que no ha sufrido y que no le corresponde cobrar”*.

En cuanto a que el daño debe ser personal, indicó que *“la afirmación de la ANI de que el carácter personal del daño es un requisito solo exigible para la responsabilidad civil extracontractual es equivocada”*, ya que todo daño debe tener carácter personal para ser indemnizable, y en este caso



Documento firmado digitalmente



la ANI no demostró haber sufrido un detrimento patrimonial por el no pago de la Contraprestación por parte de Puerto Solo.

Por último, manifestó que hay diferencia entre el incumplimiento de una obligación y la existencia de un daño, que en este caso no se discute el incumplimiento, que no puede decirse que se pagó la contraprestación por lo cual es indiscutible que hay un incumplimiento contractual, pero que esto no implica que se deba pagar una indemnización, ya que una cosa es el incumplimiento contractual y otra la prueba del daño.

2.1.2. La multa sí se debe imputar a los intereses moratorios

Sobre el particular indicó que aún cuanto los intereses moratorios hayan sido regulados en el Contrato de Concesión, ello no excluye la aplicación del artículo 65 de la Ley 45 de 1990 *“pues la norma no hace distinción alguna entre los casos en los cuales las partes han pactado los intereses de mora y los casos en los que no”*; y que de acuerdo con una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, los intereses moratorios *“llevan inmerso el carácter sancionatorio, contra el deudor de la obligación que, en palabras de la Corte, representa la indemnización de perjuicios por la mora¹. Es decir, los intereses moratorios “vienen a actuar como sanción por la no entrega de sumas dinerarias en los plazos previamente convenidos con el acreedor” y “son llamados a actuar a modo de indemnización de perjuicios desde el momento en que el deudor se constituye en mora”*.

Agregó que *“el hecho de que exista una regulación especial sobre la prueba del daño en materia de obligaciones dinerarias no excluye la aplicación del artículo 65 de la Ley 45 de 1990, que establece “el sistema de fijación del interés legal moratorio²” y que el artículo 884 del Código de Comercio determina que, si los intereses moratorios sobrepasan los límites legales “el acreedor perderá todos los intereses”*.

Adujo que no es de recibo que la ANI afirme *“que el clausulado es exigible, en los términos acordados por las partes, incluyendo la cláusula relativa a los intereses”*, que esta conclusión viola el principio de legalidad, en tanto la ANI no puede hacer prevalecer el contrato respecto de las normas aplicables a las obligaciones dinerarias y expresó que tanto los intereses moratorios como las multas tienen el fin anotado en la Resolución, es decir, presionar al contratista a cumplir.

Por último, consideró que el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, dispone que no es posible acumular multa, sino que cualquier valor que se haya pactado por ese concepto tiene que imputarse a los intereses de mora; que la aplicación de las normas imperativas no depende de la voluntad de las partes y que si son imperativas se tienen que aplicar incluso en contra de la voluntad de las partes, porque justamente en eso consiste el carácter imperativo.

2.1.3. La Resolución No. 53 de 1992 es una norma imperativa y, por tanto, debe ser aplicada.

Expuso que la Entidad no controvertió lo argumentado por el Concesionario frente a la aplicación de la Resolución No. 53 de 1992; que dicha regulación es imperativa en materia de intereses moratorios para obligaciones pactadas en dólares como es el caso de la Contraprestación Portuaria y que la Corte Constitucional señala que con fundamento en su autonomía, es la Junta Directiva del Banco de la República, a quien le compete como parte del manejo de la política crediticia dentro de cierta discrecionalidad y según lo demanden los intereses públicos y sociales, la determinación de las tasas de interés.

Para el efecto citó la decisión arbitral del caso Banco de Bogotá S. A. contra Segurexpo de Colombia S.A. y la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá radicado 11001310300320060044004, en donde afirma que es claro que la tasa máxima permitida en

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 23 de marzo de 2023, Radicación: 11001-31-03-004-2015-00745-01, Magistrado Ponente: Hilda González Neira.

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de noviembre de 2001, Expediente: 6094, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo



Documento firmado digitalmente



tratándose de obligaciones pactadas en moneda extranjera no es el código de Comercio, sino la Resolución 53 de 1992.

2.1.4. En la Resolución no se especifica que los intereses moratorios por los que se condena a Puerto Solo deban ser pagados al municipio de Buenaventura.

En este aspecto solicitó que, en caso de que se ratifique la imposición del pago de perjuicios sufridos por el municipio de Buenaventura se aclare que estos deben ser pagados directamente a este.

2.2. Argumentos del garante Seguros del Estado S.A.

El garante, Seguros del Estado S.A. sustentó el recurso de reposición con fundamento en los siguientes argumentos:

2.2.1. Vulneración al debido proceso por falsa y falta de motivación del acto administrativo proferido

Señaló que la decisión adoptada por la ANI corrobora su falta de legitimación por activa para exigir el pago de sumas de las cuales no es acreedor, para lo cual citó el artículo 1506 del Código Civil y dijo que, si bien el Contrato de Concesión contempla la obligación de pago de la Contraprestación, la ANI no es destinataria de esta y tampoco hace parte de su presupuesto.

Adujo que la ANI no está legitimada para pretender cobrarle a Puerto Solo y a sus garantes, un perjuicio que no ha sufrido, así como de los intereses de mora sobre la Contraprestación; que para que este daño sea indemnizable debe ser actual, personal y antijurídico *“así como la ANI tampoco está legitimada para adoptar medidas conminatorias en contra de Puerto Solo, orientadas a presionar el pago de una suma de la cual no es acreedora”*, por lo cual debe abstenerse de conminar a través de multas a Puerto Solo a realizar el pago e igualmente ordenar el pago de intereses de mora, para evitar que se vicie de nulidad el acto administrativo.

Indicó que al tener el seguro un carácter indemnizatorio, con el cual se pretende resarcir un perjuicio *“mal haría la administración en cobrar un presunto perjuicio, que debe ser cierto, actual y demostrable. Lo anterior, deja entrever que la ADMINISTRACIÓN pasó por alto el análisis adecuado de las pruebas decretadas y practicadas”*.

Expresó que la Agencia no tomó una decisión motivada, toda vez que fundamentó su decisión en pruebas incompletas, y en hechos y circunstancias que no tienen soportes válidos.

2.2.2. Respecto a la Póliza de Cumplimiento

Frente a la póliza de cumplimiento, citó la sentencia del Consejo de Estado con radicado 2500023260002010006600, relacionada con el seguro de daños y el artículo 1077 del Código de Comercio, para considerar que *“para la póliza de cumplimiento 21-44-101341212, respecto al pago de la contraprestación portuaria a favor de un tercero la ANI no es beneficiaria de la obligación. En este punto cabe resaltar que las partes del contrato de seguro que hoy nos ocupa son la ANI como asegurado/beneficiario y como tomador la SOCIEDAD PUERTO SOLO, en ningún momento se hace extensible al INVIAS ni el MUNICIPIO DE BUENAVENTURA”*.

Dijo que la garantía única de cumplimiento expedida por Seguros del Estado S.A., no tiene como beneficiario el INVIAS ni el Municipio de Buenaventura y no puede tomarse este como seguro por cuenta de un tercero, tal como dispone el artículo 1047 del C. Co. ya que esta póliza tiene definidas sus partes y los riesgos a asumir por la compañía aseguradora al expedir la póliza, entre los cuales no se encuentra el pago de la contraprestación portuaria, por lo tanto, este riesgo no fue asumido.



Finalmente señaló que con la expedición de la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023 existió falsa y falta de motivación, al haberse expedido con los motivos equivocados e insuficientes y, por ello, no se justifica la decisión adoptada.

2.2.3. Finalidad de la sanción consistente en multa

Al respecto se refirió a la procedencia de la multa como mecanismo conminatorio, indicó que el Despacho hace referencia a incumplimientos que no son atribuibles al contratista y que con la multa y los perjuicios impuestos *“más allá de conminar al contratista, lo está desangrando y de alguna manera generándole una desfinanciación que lo conllevaría a no poder ejecutar las actividades pendientes.”*

Finalmente, consideró que no tiene sustento imponer una sanción para conminarlo a cumplir obligaciones *“con la magnitud de la multa que se pretende imponer (desconociendo el porcentaje de presunto incumplimiento), el cometido logrado sería contrario al de la finalidad de la multa. Por lo anterior, su despacho deberá revocar la Resolución No.20237070013805 del 25 de octubre de 2023; o si se quiere, MODIFICAR el monto de la multa, teniendo en consideración aspectos como el % de presunto incumplimiento (que se desconoce), la gravedad, reincidencia, proporcionalidad y dosimetría de la sanción”.*

2.2.4. Violación de norma superior. Imposibilidad de hacer efectivo el amparo de cumplimiento por no acreditarse perjuicios reales padecidos

Sobre el particular expuso que *“si bien es cierto de un contrato incumplido se pueden predicar perjuicios, existe la posibilidad de que no los haya, y en consecuencia no podrían ser cobrados”*, como sustento citó apartes de jurisprudencia, y en consecuencia afirmó que el Despacho no ha demostrado que exista un perjuicio probado dentro del procedimiento, por lo cual debe abstenerse de imponer sanciones y revocar el acto administrativo, so pena de generar un enriquecimiento sin causa.

Señaló que en la citación y en la Resolución no se realizó un análisis para concluir que se generó un perjuicio por los presuntos incumplimientos de obligaciones no atribuibles al contratista, que por esto no se encuentra demostrada la ocurrencia del siniestro, ni que el perjuicio sea directo, aunado a que *“la entidad pasa por alto lo dicho por la jurisprudencia y la doctrina colombiana en lo que hace referencia a los requisitos del daño”*, el cual debe ser cierto, actual y directo.

2.2.5. Limitación de responsabilidad según porcentaje de responsabilidad con base en el coaseguro

Al respecto indicó que en virtud el contrato 001 de 2021 existe un coaseguro entre Seguros del Estado S.A. con una participación del 70% y Nacional de Seguros con una participación del 30%, por lo que en consecuencia, solicita que con cargo a la póliza, se limite al valor de perjuicio padecido por la asegurada, conforme al límite de la responsabilidad de acuerdo al valor asegurado pactado *“con fundamento en este argumento y en consideración a que no se encuentran probados en debida forma los presuntos perjuicios padecidos por la entidad contratante, al tratarse de una estimación o proyección, no puede afectarse la garantía de cumplimiento”.*

2.2.6. Aplicabilidad de la compensación como fenómeno de extinción de las obligaciones.

Reiteró que en el evento en la ANI adeude sumas al Concesionario con ocasión del contrato dichas sumas se compensen con la sanción que se pretende imponer, toda vez que tanto la entidad estatal como el contratista, tendrían la calidad al mismo tiempo, de deudores y acreedores entre sí; y de esta manera extinguir ambas obligaciones.

2.3 Argumentos del garante Nacional de Seguros S.A.



El garante Nacional de Seguros S.A. coadyuvó los argumentos que fueron presentados por el Concesionario y por Seguros del Estado S.A. y sustentó el recurso de reposición con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.3.1. Falta de legitimidad de la ANI para el cobro de sumas que no se pactaron a su favor.

Indicó que si bien es cierto la ANI es competente para adelantar el proceso de la referencia de acuerdo con lo regulado por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, esto no lo legitima para el cobro de una acreencia que no está a su favor.

Señaló que la ANI al no ordenar el pago de los perjuicios por los intereses de mora pretendidos en favor del INVIAS, en consideración a que esta última Entidad inició un proceso de cobro coactivo, evidencia que el legalmente legitimado es el INVIAS y no la ANI, lo cual debe ser aplicado a los perjuicios que se pretenden cobrar a favor del Distrito de Buenaventura y que *“la ANI respecto de las acreencias del Distrito de Buenaventura va en contravía de sus propios actos, pues como ya se anotó frente a la acreencia del INVIAS acogió la tesis que el cobro lo hace quien tiene para ello legitimidad”*.

Citó jurisprudencia sobre la teoría de los actos propios para argumentar que *“la ANI ha venido actuando en el presente proceso con dos posiciones diferentes, de lo cual se resalta que reconoció de forma implícita la legitimidad del INVIAS para el cobro de su acreencia, situación que no aplica con igual racero para la acreencia en favor del Distrito de Buenaventura, siendo esta razón más que suficiente para solicitar de forma respetuosa se revoque el acto administrativo recurrido”*.

2.3.2. Inexistencia de perjuicios -y/o su prueba- que hubiere sufrido la ANI.

Expresó que los perjuicios ordenados tienen carácter personal derivado de un presunto daño que no ha sido sufrido por la Entidad, o que no se ha demostrado en el proceso, por lo que el que debe hacer el cobro de los perjuicios es el Distrito de Buenaventura.

2.3.3. Inexistencia de fijación de plazo a la Concesionaria para el pago de los intereses e identificación del deudor de esta.

Manifestó que no señala el Acto Administrativo el plazo para que la Concesionaria -como obligada directa-, cancele los intereses que eventualmente tuviere que asumir ni a quien se le debe efectuar dicho pago, en el evento que no se acojan los argumentos que quedaron señalados previamente y que, en consecuencia, esta situación debe ser objeto de revisión y modificación por parte de la ANI.

Precisó, además, que el eventual pago a cargo de la aseguradora se sujeta al plazo dispuesto en el artículo 1080 del Código de Comercio, plazo que se contaría desde el momento en que se vence el término que se hubiere fijado para el pago por parte de la Concesionaria como obligada directa.

III. DEL ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS

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

3.1.1. La ANI no está legitimada para perseguir las sumas impuestas en la Resolución.

En este asunto cabe indicar que la Agencia no está subrogando competencia de otras entidades estatales, como en este caso el INVIAS y el Distrito de Buenaventura, quienes son las que reciben los dineros por concepto de la Contraprestación Portuaria como lo quiere hacer ver el Concesionario en su argumentación. Lo anterior, en consideración a que dentro de las facultades de las entidades estatales, que la propia ley le otorga, se encuentra cuantificar los perjuicios que se derivan del incumplimiento del contratista. Al respecto, basta con remitirse a la sentencia C-499 de



05 de agosto de 2015 de la Corte Constitucional, en la cual se estudió la constitucionalidad de la expresión “*cuantificando los perjuicios del mismo*” contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, frente a lo cual se pronunció de la siguiente manera:

“3. Problema jurídico-constitucional. *Corresponde determinar si la expresión: la expresión: “cuantificando los perjuicios del mismo,” contenida en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al atribuir esta competencia a la entidad estatal, en el contexto de un procedimiento administrativo en el ámbito de los contratos estatales, ¿vulnera el principio de igualdad de trato (art. 13 CP), el derecho a un debido proceso (art. 29 CP), el principio de buena fe (art. 83 CP) y el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades (art. 228 CP)? Dada la estrecha relación que existe entre el segundo y el tercer cargo de la demanda, su estudio se hizo de manera conjunta.*

(...)

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

Así las cosas, se infiere que la facultad de la Agencia de cuantificar perjuicios se encuentra prevista en la ley, y de ninguna manera se puede arribar a la conclusión de que la cuantificación de estos, implica la asunción de facultades de otras entidades estatales, realizando un cobro, ya que claramente el objeto del procedimiento administrativo sancionatorio no es realizar cobros, sino por el contrario declarar el incumplimiento y cuantificar los perjuicios del mismo, así como imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

Al respecto es de reiterar lo ya enunciado en la decisión recurrida, respecto del Laudo de 26 de julio de 2018, proferido por el Tribunal Arbitral conformado para dirimir las controversias entre Oleoducto Central S.A. – OCENSA y la ANI, en el cual 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 darles la entidad competente a los recursos recibidos” (El subrayado es nuestro).

De lo que se concluye que, la Agencia está facultada para exigir el cumplimiento de las obligaciones surgidas en los contratos por ella celebrados, en este caso el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, a través de la imposición de multas, como también está en posibilidad de cuantificar los perjuicios que dicho incumplimiento genera, aun cuando los perjuicios claramente sean para el INVIAS y el Distrito de Buenaventura.



Documento firmado digitalmente



En cuanto a la figura de la estipulación a favor de otro, establecida en el artículo 1506 del Código Civil, es de indicar que en la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, se realizó el análisis de esta, a la luz de la jurisprudencia del Consejo de Estado, respecto de lo cual el Despacho señaló entre otras cosas que, aun cuando los dineros de la Contraprestación no son recibidos por la Agencia, esta sí tiene la competencia para perseguir el cumplimiento de la obligación prevista en el Contrato y cuantificar los perjuicios causados.

En consecuencia, al ser la ANI la competente para perseguir el incumplimiento del contrato y a su vez para cuantificar los perjuicios causados por el contratista incumplido, no habría lugar a, que sea el INVIAS o el Distrito de Buenaventura, quienes adelanten alguna acción contractual para exigir el cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, ya que no son parte en el contrato.

Ahora bien, lo anterior no significa que los perjuicios que genera el incumplimiento del Concesionario al Contrato suscrito con la ANI, a otra entidad distinta de la ANI, sean de la ANI, porque claramente esos perjuicios son de la Entidad respectiva que sufre el perjuicio; cosa diferente es que sí es la ANI la facultada para cuantificar e imponer los perjuicios, en tanto esos perjuicios son derivados del Incumplimiento del Concesionario al Contrato de concesión suscrito con la ANI, y en tal medida, solo la ANI puede, a través del sancionatorio contractual, declarar el incumplimiento al contrato y cuantificar los perjuicios derivados de dicho incumplimiento.

En lo que respecta al Laudo arbitral de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura S. A. SPRBUN contra la ANI, proferido el 16 de febrero de 2022, mencionado por el Concesionario en su sustentación, se observa que el análisis realizado por el Tribunal se centró en que, atendiendo a que en efecto en el Contrato sí se encuentra establecida la obligación de pago de la contraprestación portuaria, la misma es exigible y señala para el efecto que:

"Así lo ratifica lo pactado en la cláusula 12.1 del Contrato de Concesión que específicamente prevé su obligación de "[p]agar las contraprestaciones a las que se refiere la Cláusula Décima Primera de este contrato ... "

A su turno, el artículo 7 de la Ley 1ª de 1991, modificado por el artículo 1º de la Ley 856 de 2003, establece que el INVIAS será el beneficiario del pago de la contraprestación portuaria en un 80% y los municipios o distritos en donde se encuentran ubicadas las concesiones portuarias, en un 20%. Así lo dispone la referida norma:

"ARTICULO 1º El artículo 7o de la Ley 1ª de 1991 quedará así: Artículo lo. Monto de la contraprestación. Periódicamente el Gobierno Nacional definirá, en /os 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, Invías, 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 /os 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, Invías, o quien haga sus veces"

Así las cosas, los acreedores de la obligación de pago de la contraprestación son el INVIAS y el Distrito de Buenaventura, por lo que, en cuanto a este específico aspecto del pago de la contraprestación, la Concesionaria y la ANI no son deudores uno del otro, tal como lo demuestra la realidad contractual, pues quienes perciben el pago de la contraprestación son las entidades antes mencionadas.

(...)

La ANI, como entidad pública contratante, tiene los derechos y obligaciones que se derivan del Contrato de Concesión, por lo que es la entidad que se ocupa de la administración del Contrato que



ejecuta la SPRBUN y ostenta todas las prerrogativas de orden legal y reglamentario para ejercer su labor de vigilancia y control sobre la ejecución del contrato.

(...)

Atendiendo ese deber de gestión, vigilancia y control que le asiste a la ANI como entidad pública concedente, ella es la encargada de verificar contractualmente el pago de la contraprestación y, en caso de que sea procedente, gestionar ante las entidades beneficiarias de la contraprestación las consecuencias que puedan surgir de los pagos en exceso que se hayan verificado, entre ellos la eventual compensación a que hubiera lugar ante las entidades beneficiarias de dichos pagos para los años 2017 y 2018, dado que para ellas surgiría una obligación de restituir lo pagado en exceso, y para la SPRBUN la obligación de pagar la contraprestación por los periodos subsiguientes, todo ello por cuanto el pago que realiza el concesionario tiene como fuente el Contrato de Concesión. En ese sentido, la ANI como entidad concedente tiene la ya explicada connotación.

Y es que el hecho de que el destinatario de los recursos provenientes del pago de la contraprestación portuaria sea una entidad pública distinta de la ANI, no desvirtúa la calidad de la parte Convocada, quien ostenta la condición de parte concedente en el Contrato de Concesión y, por ende, tiene el derecho y la obligación de verificar el cumplimiento de la Concesionaria en el pago de la contraprestación portuaria.

Adicionalmente, la parte Convocante no especifica cuál es la supuesta obligación a cargo de la ANI que permita la procedencia de la compensación por el pago en exceso de la contraprestación y lo que interpreta el Tribunal es que en realidad pretende es el reajuste del valor de la contraprestación para los años 2019 y 2020 con fundamento en los pagos en exceso que realizó entre el 2017 y 2018.”.
(Subrayado del Despacho)

Conforme a lo anterior, esta decisión arbitral se encuentra acorde con la motivación del Despacho para adelantar el procedimiento administrativo sancionatorio, y como consecuencia de esta actuación, declarar el incumplimiento al contrato, imponer la multa y cuantificar los perjuicios de ese incumplimiento; en efecto, como se dice en el pronunciamiento referido, aunque la ANI no será la entidad estatal receptora de los dineros de la contraprestación, ello no implica que no pueda adelantar las acciones que la ley define para perseguir el cumplimiento del contrato.

Ahora bien, es de resaltar que el análisis realizado por el Tribunal respecto de la compensación, se sustenta en el artículo 7 de la Ley 1ª de 1991, ya que como lo ha señalado el Despacho, las entidades encargadas de recibir el dinero por contraprestación son el INVIAS y el Distrito de Buenaventura, por lo cual claramente estos recursos no hacen parte de los ingresos propios de la ANI y en este sentido no era posible realizar una compensación de dineros, si la Agencia no los tiene dentro de sus arcas.

Igualmente, cabe resaltar que este Laudo refiere que la ANI es la encargada de verificar los pagos de la contraprestación e igualmente está en posibilidad de gestionar con la beneficiaria de la eventual compensación, al ser estas las que en sus presupuestos tienen los dineros, esto en virtud del Contrato de Concesión, de lo cual se extrae que la Agencia no se encuentra al margen del deber de vigilancia y control sobre la gestión contractual e incluso de los recursos que se paguen con ocasión de esta, tal como se pretende en esta actuación, donde la ANI no funge como acreedor del contratista.

Finalmente, respecto de lo señalado en cuanto a que “la afirmación de la ANI de que el carácter personal del daño es un requisito solo exigible para la responsabilidad civil extracontractual es equivocada”, es prudente citar el aparte de la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, que hace referencia sobre el particular así:

“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 comercial, 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.”.

De lo anterior, se observa que el Despacho en su análisis no señaló que tal figura no era aplicable a la responsabilidad contractual, únicamente se refirió a las sentencias reseñadas por Concesionario en sus descargos, para señalar que en los asuntos resueltos por estas decisiones, en los supuestos de hecho no se estaba en presencia de un contrato estatal sino que estas correspondían a medios de control de Reparación Directa y un Recurso de Casación desatado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en las cuales se hace un estudio de responsabilidad extracontractual, que si bien contiene aspectos relacionados con el carácter personal del daño, no son equiparables al asunto que nos ocupa al tratarse de un Contrato de Concesión Portuaria.

Puntualizado lo anterior, de conformidad con lo planteado por la apoderada de la sociedad Puerto Solo S.A., en cuanto a que el incumplimiento en la contraprestación que no se pagó, en su percepción no genera perjuicios, se debe señalar que al estar plenamente probado el incumplimiento y tal y como

desde la citación se señaló, si se llegase a declarar el presunto incumplimiento este se fundaría en hechos verificados por medio del acervo probatorio -ya acreditado según lo expuesto en la decisión que se recurre-, y que, si hubiese perjuicios, se deberían cuantificar, y bajo este contexto el Despacho hizo lo propio señalando en la citación con radicado ANI No. 20227070352651 de 03 de noviembre de 2022, que en su numeral VIII “*tasación de los perjuicios*”, puntualmente presenta la estimación de perjuicios derivados del no pago de contraprestación, en la cual expresamente se señaló que:

1. El valor de las multas y/o perjuicios a imponer sería:

Detalle	Valor
Cuantificación de la multa por incumplimiento en el pago de contraprestación	USD 11.174 *
Cuantificación de perjuicios (a 31 de agosto de 2022)	\$ 1.586.914.656**

*Valor pagadero con TRM del día que efectivamente se realice el pago.

**Corresponde a los intereses, este Valor deberá ser actualizado hasta el momento de pago

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGC

Cuantificación que se obtuvo a partir del concepto financiero emitido por el Grupo Interno de Trabajo Financiero 1 de la ANI, mediante memorando radicado No. 20223080110863 de fecha 12 de septiembre de 2022.

Así mismo, previo a emitir la Resolución 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, tanto la tasación de la multa como la de los perjuicios fue actualizada a solicitud del Despacho, mediante el concepto financiero radicado ANI No. 20233080153303 de fecha 12 de octubre de 2023, el cual fue incorporado al proceso con Auto No. 20237070002416 del 19 de octubre de 2023⁶, y del cual se dio traslado a los citados, tal como consta en el correo electrónico de fecha 19 de octubre de 2023, que obra en el expediente, el cual es de resaltar fue descrito por los citados.

Es así como se observa que, tanto el contratista como sus garantes conocían desde la citación a audiencia, las consecuencias que podrían derivarse del desarrollo de la actuación con ocasión del no pago de la contraprestación, entre las que se encontraba la imposición de perjuicios, tasación que en el curso del procedimiento pudo ser controvertida con anterioridad a la emisión de la



Resolución 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, sin que presentaran argumentos que a juicio del Despacho impidieran la imposición de los mismos.

Por todo lo expuesto es claro que la ANI, como entidad contratante, sí es la competente para declarar los incumplimientos contractuales, e imponer los perjuicios derivados de ese incumplimiento, por lo cual el argumento no resulta de recibo.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con que los perjuicios deben ser probados, es claro que dicho incumplimiento, no pago de la contraprestación, al consistir en una obligación dineraria, claramente genera perjuicios.

En efecto, 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, y por eso la ley ha establecido que los daños y perjuicios por el retardo en el pago de una suma de dinero son los intereses de mora³.

Sobre el particular 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.*⁴

Así las cosas, estando probado que el Concesionario no pagó la contraprestación portuaria, y siendo esta una obligación dineraria, es evidente que su incumplimiento sí genera perjuicios, por lo que el argumento no es de recibo.

3.1.2 La multa sí se debe imputar a los intereses moratorios

Señala el recurrente que el valor de la multa se debe imputar a los intereses moratorios, respecto de lo cual se debe precisar que ello no solo es improcedente desde todo punto de vista por tratarse de dos instituciones jurídicas con finalidades y concepciones muy distintas, sino además porque, como lo ha identificado correctamente el recurrente, la multa es una consecuencia contractual del incumplimiento que le corresponde a la ANI, mientras que los perjuicios (intereses moratorios) por el incumplimiento en el pago de la contraprestación, son una consecuencia que le corresponde a la Nación (INVÍAS) y al Municipio donde se ubica el puerto concesionado.

Si se trata de dos consecuencias distintas, y además correspondientes a diferentes entidades, es claro que resulta improcedente la solicitud del recurrente.

En cuanto a que la multa sí se debe imputar a los intereses moratorios, ya se señaló por el Despacho que no es procedente; a efectos de dar claridad es procedente citar lo ya expuesto desde la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, en cuanto al objeto de las multas impuestas en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio:

“(…) 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

³ 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

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 27 de agosto de 2008, Exp. No. 11001-3103-022-1997-14171-01.



*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 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).

Conforme a lo expuesto hasta aquí, no es de recibo el argumento que la multa deba ser imputada a los intereses moratorios, ya que como se ha expuesto ampliamente la multa está orientada a conminar al contratista al cumplimiento de su obligación, que en este caso es el pago de la contraprestación, mientras los perjuicios cuantificados con base en los intereses moratorios, se encuentran orientados a resarcir, valga la redundancia, los daños sufridos por la Nación (INVÍAS) y el Municipio donde se ubica el puerto, por no haberse realizado el pago oportuno de la contraprestación.

Por lo anterior, no es justificado lo afirmado por el contratista en cuanto a que *“tanto los intereses moratorios como las multas tienen el fin anotado en la Resolución, es decir, “presionar al contratista a cumplir”*, esto con fundamento en el artículo 65 de la ley 45 de 1990, en tanto como se ha expuesto por el Despacho, al tratarse de dos figuras jurídicas distintas que cuentan con una naturaleza y una finalidad propia, una no se subsume en la otra, sin que tan distinción entre la multa y los perjuicios, se traduzca en una vulneración del principio de legalidad, que en palabras del Concesionario se estaría dando debido a *“que la ANI decida interpretar el Contrato de Concesión haciendo abstracción de normas de mayor jerarquía, que establecen límites al cobro de sanciones por el retardo en el pago de una obligación dineraria”*, lo cual no es ajustado a la realidad, ya que ambas consecuencias proceden en virtud de no cesar el incumplimiento reprochado al Contratista.

Por las razones expuestas, el argumento analizado no prospera.

3.1.3. La Resolución No. 53 de 1992 es una norma imperativa y, por tanto, debe ser aplicada.

Expuso el recurrente que la Entidad no controvertió lo argumentado por el Concesionario frente a la aplicación de la Resolución No. 53 de 1992; que dicha regulación es imperativa en materia de intereses moratorios para obligaciones pactadas en dólares; y que la Corte Constitucional señala que con fundamento en su autonomía, es la Junta Directiva del Banco de la República, a quien le compete como parte del manejo de la política crediticia dentro de cierta discrecionalidad y según lo demanden los intereses públicos y sociales, la determinación de las tasas de interés.

Para el efecto cita la decisión arbitral del caso Banco de Bogotá S. A. contra Segurexpo de Colombia S.A. y la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá radicado 11001310300320060044004, en donde afirma que es claro que la tasa máxima permitida en tratándose de obligaciones pactadas en moneda extranjera no es el código de Comercio, sino la Resolución 53 de 1992.

Sobre el particular el Despacho reitera lo expuesto en la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, en la que con fundamento en el memorando radicado ANI No. 20233080027963 de 20 de febrero de 2023 de la Gerente Grupo Interno de Trabajo Financiero 1-VGC de la ANI, se señaló:



“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:

(…)

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 moratorias⁵.

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.

En este sentido, de acuerdo a lo citado, que corresponde a una prueba legalmente practicada en el proceso, encuentra el Despacho que conforme al análisis realizado por el GIT Financiero 1, no es procedente lo argumentado por el concesionario respecto a la aplicación de la tasa máxima establecida en la Resolución No. 53 de 1992, aunado a que ya se encuentra plenamente demostrado que el contrato ha sido incumplido por la Sociedad Puerto Solo S.A., y en este sentido

⁵ Banco de la República (30-03-2016) JDS-06787 Concepto de la Secretaría de la Junta Directiva.



se ha generado un perjuicio derivado del no recibo de los pagos de contraprestación, por lo cual en consecuencia, se han generado los intereses moratorios, pactados en el mismo contrato.

En efecto, en el Contrato de Concesión Portuaria No.001 de 2021, en el literal d del numeral 4.2 del Capítulo IV, se establece lo siguiente:

“CAPÍTULO IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO

(...)

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

(...)

(d) *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 encuentra vigente en la fecha que la sociedad realice el pago. El solo retardo en el pago de la Contraprestación según lo establecido en la Sección 4.3(a) generará intereses por mora. El Concesionario, renuncia a cualquier tipo de requerimiento judicial o extrajudicial para la constitución en mora.”*

Así las cosas, claramente al haberse pactado en el contrato la tasa de interés moratorio a aplicar, sobre las sumas de dinero que debe pagar la Sociedad Puerto Solo S.A., se debe liquidar a la tasa máxima legal permitida de con conformidad con lo establecido en el artículo 884 del C. Co., esto en virtud del convenio entre las partes.

Al respecto la sentencia del Consejo de Estado con radicado 66001-23-31-000-2002-00391-01 (31431)⁶, desarrolla lo relacionado con los intereses a aplicar en materia de contratos estatales, en el evento en que se dé un incumplimiento relacionado con el pago de sumas de dinero:

“Por lo tanto, se reconocen dos sistemas de liquidación de la condena en tratándose del incumplimiento en el pago de sumas de dinero adeudadas con ocasión de los contratos celebrados por entidades del Estado: i) el que corresponde a los contratos que se rigen por la Ley 80 de 1993 a falta de pacto contractual de intereses, para los cuales aplica la norma legal del artículo 4 citado y ii) el de los contratos en que resulta aplicable el artículo 884 del Código de Comercio⁷, bien sea por la existencia del pacto contractual bajo la égida de la Ley 80 de 1993 o por la norma legal especial que somete a los contratos celebrados por entidades estatales al régimen del derecho privado⁸.

(...)

ii) En relación con los contratos regidos por la Ley 80 de 1993 en los cuales existe el pacto contractual de intereses liquidados a la tasa máxima de mora del artículo 884 del Código de Comercio y en tratándose de aquellos contratos celebrados por las entidades estatales cuya contratación no se rige por la Ley 80, en los cuales cobra vigencia del artículo 884 ante el silencio de las partes o por expreso pacto contractual, tiene lugar la aplicación de una tasa de interés que está fijada con referencia al interés bancario corriente, es decir que está atada a la situación del mercado financiero -a diferencia de la tasa de interés legal que deviene de la tarifa fijada por el legislador- y

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de noviembre 27 de 2013. Radicación número: 66001-23-31-000-2002-00391-01 C.P. Mauricio Fajardo Gómez

⁷ “Cuando en los negocios mercantiles haya de pagarse réditos de un capital, sin que se especifique por convenio el interés, éste será el bancario corriente; si las partes no han estipulado el interés moratorio, será equivalente a una y media veces del bancario corriente y en cuanto sobrepase cualquiera de estos montos el acreedor perderá todos los intereses, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 45 de 1990.

Se probará el interés bancario corriente con certificado expedido por la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera de Colombia”

⁸ Sin perjuicio de la aplicación de los principios de la función pública, existen múltiples normas que han permitido a determinadas entidades estatales acogerse a un régimen contractual de derecho común, como el caso de la Ley 100 de 1993 –comentado en esta providencia-, el artículo 461 del Código de Comercio y el artículo 97 de la Ley 489 de 1998 para el caso de las sociedades de economía mixta y más recientemente el artículo 14 de la ley 1150 de 2007 aplicable a las empresas industriales y comerciales del Estado y las Sociedades de Economía Mixta “que desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público.”



además se encuentra constituida como un máximo legal con carácter mandatorio.

(...)

Para la Sala la posición anterior resulta ser la más equitativa en relación con las obligaciones dinerarias de los contratos en que aplica el artículo 884 del Código de Comercio, si se tiene en cuenta que la tasa máxima de mora establecida con base en certificación de la Superintendencia Financiera de Colombia es comprensiva o incluyente del concepto de indexación o actualización del capital, por lo cual no procede acumular la liquidación de esta última suma por dos vías.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sección Tercera que se reitera en esta oportunidad se precisa que el intereses moratorio debe ser liquidado con la aplicación de la tasa máxima de mora vigente al momento de la respectiva mora, siguiendo las voces del artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, esto es de acuerdo con la tasa que haya regido para cada periodo del tiempo⁹, de conformidad con las correspondientes certificaciones de la Superintendencia Financiera de Colombia, antes Superintendencia Bancaria¹⁰.

Finalmente hay lugar a destacar que la anterior posición encuentra sólido fundamento en lo siguiente:

- el artículo 884 del Código de Comercio establece la tasa máxima que está permitido cobrar sobre las obligaciones dinerarias y por otra parte, con arreglo a la legislación penal, esa misma tasa sirve de fundamento para el cálculo del límite por encima del cual el cobro constituye un ilícito penal, bajo los supuestos de la respectiva tipificación del delito de usura, lo cual lleva a concluir que el límite es mandatorio, es decir que el Juez no puede reconocer sobre el incumplimiento de una obligación en dinero una tasa de interés más alta que la que fija la Ley, máxime cuando su cobro podría dar lugar a la configuración de la usura.
- la metodología que sigue la Superintendencia Financiera de Colombia para determinar la tasa de interés utilizada como referente en la respectiva certificación tiene en cuenta la información de las tasas que los establecimientos de crédito están cobrando en cada período¹¹, de manera que la certificación recoge la condición de costos y precios del dinero en forma actualizada, a diferencia de

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, sentencia de 14 de abril de 2010, radicación número: 25000-23-26-000-1997-03663-01(17214), actor: Federico Saúl Sánchez Malagón, demandado: Distrito Capital de Bogotá -Secretaría de Obras Públicas.

“En síntesis, de acuerdo con el criterio jurisprudencial vigente, se tiene que: (i) Ante el silencio de las partes al respecto, de conformidad con el artículo 38, numeral 2, de la Ley 153 de 1887, y en armonía con la figura de la mora, los intereses de mora deben liquidarse de conformidad con la norma vigente al momento de la infracción, de suerte que si la conducta incumplida y tardía del deudor se proyecta en el tiempo y existe durante ese lapso cambio de legislación, es menester aplicar la norma vigente que abarque el período o días de mora de que se trate. (ii) Con la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993, la tasa del interés de mora aplicable en cada contrato que celebren las entidades públicas, ante el silencio de las partes, es la establecida en el citado numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, con independencia de que la actividad ejercida sea o no de carácter civil o comercial, sin perjuicio de que ellas puedan estipular otro tipo de tasa incluso la civil o comercial sin incurrir en interés de usura. (iii) En los contratos celebrados por las entidades públicas con antelación a la Ley 80 de 1993, en los cuales no se pactaron intereses de mora ante el incumplimiento, la norma aplicable para sancionar a la parte incumplida y liquidar intereses de mora por el período anterior a su entrada en vigencia, será el artículo 884 del Código de Comercio, si la parte afectada tiene la condición de comerciante o el acto es para éste de carácter mercantil (arts. 1, 10, y 20 y ss C. Co.); o el artículo 1617 del Código Civil si ninguna de las partes (contratista o entidad) tiene esa condición; y por el período posterior a la fecha de vigor de la citada Ley 80 de 1993, le será aplicable la establecida en el numeral 8º del artículo 4 ibidem para liquidar el interés de mora. (La negrilla no es del texto).

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 24 de Julio de 2013, radicación: 25000232600020020114701, expediente: 26.937, actor: Federación Colombiana de Tiro y Caza, Demandado: IDR, referencia: acción contractual – apelación sentencia.

“Preliminarmente resulta útil reiterar que en el presente caso las partes pactaron un plazo para el pago de la suma adeudada y una tasa de interés moratorio que se tendría en cuenta en el evento de no pago, cláusula que se encuentra ajustada a la libertad negocial permitida a las partes contratantes bajo los dictados de la Ley 80 de 1993, la cual resultaba aplicable para la fecha en que se suscribió el Acuerdo de Reconocimiento de Mejoras con el respectivo convenio de intereses moratorios.

Por lo anterior se aplicará para la presente liquidación de intereses moratorios la tasa de interés que corresponda de acuerdo con la certificación de la Superintendencia Bancaria -hoy Superintendencia Financiera de Colombia- para el respectivo período de mora y, por lo tanto, se ajustará la fórmula de cálculo utilizada por el Tribunal a quo, toda vez que en ella se tomó únicamente la tasa de interés certificada para el mes de junio de cada año, cuando lo cierto es que para esta clase de eventos deben tomarse todas y cada una de las tasas de interés que fueron certificadas en cada período.”



lo que sucede con el interés legal que obedece a una definición estática sin consideración a las condiciones del mercado financiero. De lo anterior se debe concluir que la tasa de interés moratorio prevista en el artículo 884 del Código de Comercio comprende todo concepto en relación con el costo del dinero que puede ser incorporado como título del perjuicio por el no pago de la obligación dineraria, cualquiera que sea la denominación que se adopte y, en consecuencia, se advierte que el resarcimiento establecido con base en la mora de la citada norma -como el que se ha de aplicar en el presente caso-, incluye el concepto de indexación o actualización del capital.

La anterior interpretación coincide con la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y con las regulaciones que la propia Superintendencia Financiera ha expedido en materia de los límites a la tasa de interés que les está permitido cobrar en las operaciones de crédito de sus vigilados¹². Por último, con un propósito simplemente pedagógico vale la pena recordar las conclusiones acerca del carácter resarcitorio de los intereses de mora y las condiciones para su exigibilidad a la luz de la Ley 80 de 1993:

“En conclusión, con apoyo en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993 y las normas de los Códigos Civil y de Comercio, el Consejo de Estado ha reconocido los siguientes aspectos en relación con los intereses moratorios:

- i) La posibilidad de pactar válidamente el reconocimiento de intereses en los contratos estatales;
- ii) La naturaleza resarcitoria de los intereses de mora fijados en el artículo 4 de la Ley 80 de 1993;

¹¹ “(...) dado que los intereses son réditos de un capital, debe entenderse incluido en ellos tanto lo que se cobra por ceder el beneficio de hacer uso del dinero, como por asumir el riesgo que ello representa y en general todas las cargas de tipo accesorio que se derivan para el acreedor respectivo” Superintendencia Financiera de Colombia, Circular 07, Título Segundo, Capítulo 1, cobros que conforman intereses.

¹² ‘Cas.civ. sentencia de 24 de enero de 1990: “en materia comercial, dado el sistema de fijación del interés legal moratorio que consagran los artículos 883 y 884 cuando los jueces condenan al pago de intereses de esta naturaleza se están remitiendo a una tasa que, también, comprende el resarcimiento por la pérdida del poder adquisitivo del dinero”; cas.civ. sentencia de 19 de noviembre de 2001, Exp. 6094. “Cuando el pago, a manera de segmento cuantitativo, involucra el reconocimiento de intereses legales comerciales, no pueden los jueces, con prescindencia de toda consideración especial, ordenar igualmente el ajuste monetario de la suma adeudada, específicamente cuando los réditos que el deudor debe reconocer son de naturaleza comercial, puesto que, sean ellos remuneratorios o moratorios, el interés bancario corriente que sirve de base para su cuantificación (C. de Co., art. 884), ya comprende, per se, la aludida corrección (...). Por su importancia, es conveniente acotar que las tasas en cuestión, en la realidad económica actual —así como en lo tocante con el pasado reciente—, son tasas positivas, en cuanto exceden —notablemente— el índice de inflación registrado, de modo que ellas cubren, in integrum, la pérdida del poder adquisitivo del dinero, pues se insiste en que el componente inflacionario es uno de los eslabones que, articulados, integran la cadena del interés bancario corriente (...). Más aún, dado que el interés tiene como frontera inquebrantable la tasa de usura (C. Penal, art. 305), según lo ha expresado esta corporación en forma repetida (vid: cas. civ. de 30 de mayo de 1996, CCXL, pág. 709 y cas. civ., mayo 11 de 2000; exp. 5427), esta limitación viene a confirmar la regla relativa a la incompatibilidad de los intereses legales comerciales con una indexación complementaria, pues el reconocimiento de ésta, a la par con aquellos, se traduciría de algún modo, en un desbordamiento de tales réditos, lo que colocaría al acreedor en situación de infringir la ley penal, sin perjuicio de los conocidos efectos patrimoniales previstos en el ordenamiento jurídico. Por supuesto que en frente de obligaciones de linaje civil y, puntualmente, en aquellos casos en que tan sólo se reconoce el denominado interés puro, como sucede con el interés legal civil (C.C., art. 1617, num. 1º, inc. 2º, art. 2232, inc. 2º), nada obsta para que se disponga que el pago se realice incluyendo, además de dichos réditos, la corrección monetaria, pues en este evento la tasa en cuestión únicamente refleja el precio adeudado por el uso del dinero, sin miramiento a su poder adquisitivo (...). Y si ese es el mecanismo adoptado por el legislador comercial, entonces debe aceptarse, igualmente, que cuando las partes de un negocio jurídico de esa naturaleza —en una economía signada por la inflación—, acuerdan el pago de un interés inferior al bancario corriente, no podrá luego el acreedor reclamar la corrección monetaria de la obligación, so capa de ser insuficiente la tasa pactada, como quiera que, en esa hipótesis, debe respetarse la voluntad de los contratantes, en desarrollo del principio pacta sunt servanda, máxime si se tiene en cuenta que, pudiendo hacerlo, no establecieron tasas que cubrieran el riesgo de pérdida del poder adquisitivo del dinero, lo que de vela —implícitamente— que su voluntad fue la de no incluir ese factor (total o parcialmente) en la determinación de la prestación”; “el deudor no puede ser forzado a extender —o ensanchar— su deber de prestación, con miras a cobijar conceptos que, como la desvalorización, ya se encuentra comprendida en aquellos, habida cuenta que en este punto impera el criterio prohijado por el legislador mercantil (corrección indirecta), como tal excluyente de otro tipo de metodología enderezada a propiciar ajustes o actualizaciones de los signos monetarios, todo como corolario de la política legislativa adoptada en esta específica materia, la que es necesario respetar” (cas. civ. de 19 de noviembre de 2001; exp: 6094; Címe: cas. civ. de 18 de septiembre de 1995, CCXXXVII, pág. 911)”. El art. 64 de la Ley 45 de 1990, preceptúa: “Aplicación de las normas sobre límites a los intereses. Para los efectos del artículo 884 del Código de Comercio, en las obligaciones pactadas en unidades de poder adquisitivo constante (UPAC) o respecto de las cuales se estipule cualquier otra cláusula de reajuste, la corrección monetaria o el correspondiente reajuste computará como interés. En cualquier sistema de interés compuesto o de capitalización de intereses se aplicarán los límites previstos en el mencionado artículo. Sin embargo, dichos límites no se tendrán en cuenta cuando se trate de títulos emitidos en serie o en masa, cuyo rendimiento esté vinculado a las utilidades del emisor”. Art. 121, 3. E.O.S.F.” Nota tomada de “El Régimen de Intereses en la Jurisprudencia Civil”. Intervención realizada por el Doctor William Namén Vargas en el VIII Congreso de Derecho Financiero, Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia, octubre 22 de 2009, Cartagena, Colombia.



Documento firmado digitalmente



iii) *La tasa de interés aplicable a los contratos estatales será la prevista en el respectivo pacto contractual –la cual debe encontrarse dentro de los límites legales- y en ausencia de pacto contractual se reconoce la aplicación de una tasa de interés de mora equivalente al doble del interés fijado en el Código Civil, esto es del 12% anual, tasa que se ha determinado con apoyo en el numeral 8 del artículo 4° de la Ley 80 de 1993 y su Decreto Reglamentario 679 de 1994 y de acuerdo con el artículo 1617 del Código Civil que fija el interés legal en 6% anual.”. (Subrayado del Despacho)*

El citado pronunciamiento es claro en señalar que en los contratos estatales es válido que las partes pacten la tasa de interés aplicable, por lo cual lo acordado por el contratista y la Agencia, en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, estaría dentro de los asuntos que las partes están en libertad de acordar o no, y respecto de lo cual el Concesionario tuvo oportunamente conocimiento al suscribir el contrato, por lo que lo pactado resulta vinculante para las partes, en virtud del principio establecido en el artículo 1602 del Código Civil.

Por todo lo expuesto, esto es, que las partes pactaron la tasa de interés aplicable, aunado a las razones por las cuales no es aplicable la tasa de interés establecida en la Resolución 53 de 1992 del Banco de la República, no prospera el argumento del recurrente.

3.1.4 En la Resolución no se especifica que los intereses moratorios por los que se condena a Puerto Solo deban ser pagados al municipio de Buenaventura.

En este aspecto solicita el recurrente que, en caso de que se ratifique la imposición del pago de perjuicios sufridos por el municipio de Buenaventura, se aclare que estos deben ser pagados directamente a este.

Al respecto, de conformidad con lo solicitado por el apoderado de la Concesión, si bien para el Despacho ello está claro en la actuación desde la citación, en la cual se señaló que los perjuicios que se podrían imponer por el no pago de la contraprestación portuaria al INVÍAS y al Municipio de Buenaventura, le corresponden al INVÍAS y a dicho Municipio, respectivamente, no ve inconveniente en que ello se precise en el resuelve del acto recurrido, y adicionalmente, se establecerá un plazo para el pago de dichos intereses. En atención a ello, se modificará el numeral Tercero de la Resolución recurrida, el cual quedará así:

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)**. El valor por pagar deberá ser consignado a favor del Municipio de Buenaventura, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, en la cuenta de ahorros que a continuación se señala:

Entidad	# Cuenta a consignar	Denominación Cuenta	E-mail contacto
Municipio de Buenaventura	CUENTA DE AHORROS BANCO DE BOGOTÁ #186-75111-1	COSTAS JUDICIALES-MUNICIPIOS DE BUENAVENTURA	tesoreria@buenaventura.gov.co

3.2 Argumentos de Seguros del Estado S.A.

3.2.1 Vulneración al debido proceso por falsa y falta de motivación del acto administrativo proferido



Documento firmado digitalmente



En este argumento el garante señaló la falta de legitimación por activa por parte de la Entidad, para exigir el pago de sumas de las cuales no es acreedor y que en consecuencia tampoco está legitimada para adoptar medidas conminatorias en contra de Puerto Solo, orientadas a presionar el pago de una suma de la cual no es acreedora.

Señaló que la decisión adoptada por la ANI corrobora su falta de legitimación por activa para exigir el pago de sumas de las cuales no es acreedor, para lo cual citó el artículo 1506 del Código Civil y dijo que, si bien el Contrato de Concesión contempla la obligación de pago de la Contraprestación, la ANI no es destinataria de esta y tampoco hace parte de su presupuesto.

Frente a los argumentos del garante, encuentra el Despacho que hace referencia a la estipulación a favor de otro, la cual fue analizada desde la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023 y también en apartes anteriores de este acto administrativo.

Sobre el particular es prudente traer de presente lo previsto en el artículo 29 de la Constitución Política que establece que *“el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”*⁴. En este sentido, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispone que:

“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. (...)

De conformidad con lo citado, es clara la facultad de la que dispone este Despacho para adelantar las actuaciones administrativas necesarias para declarar el incumplimiento, imponer multas, cuantificar perjuicios y hacer efectiva la cláusula penal al contratista, siempre que el trámite sancionatorio contractual se realice a luz de las garantías procesales previstas en la ley, es por esto que, en cumplimiento de tal prerrogativa, se dio trámite al procedimiento previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Es así como, en aplicación de las mencionadas normas y tal como se enunció en la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, mediante oficio 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., y que para el efecto fue remitida mediante mensaje de datos la citación y sus anexos¹³.

Tal como se señaló desde la citación a audiencia, 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
(...)”***

¹³ 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.



Documento firmado digitalmente



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 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.

(...)"

De conformidad con las cláusulas contractuales citadas y las facultades otorgadas por el Estatuto General de Contratación Pública, la Agencia Nacional de Infraestructura tiene competencia para declarar el incumplimiento e imponer las multas y sanciones previstas en los contratos que celebre, entre estos el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, por lo que en consecuencia, en la actualidad surte 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.

Por lo anterior, no resulta de recibo lo argumentado por la Garante, en cuanto a que la Agencia no se encuentra legitimada para adoptar medidas conminatorias en contra de Puerto Solo S.A., orientadas a que se dé cumplimiento a la obligación contractual de realizar el pago de la contraprestación portuaria, en tanto como se ha reiterado en múltiples ocasiones, esta se pactó en el Contrato de Concesión portuaria No. 001 de 2021, por lo tanto al ser la ANI la entidad contratante, en aplicación de las previsiones legales claramente está facultada para conminar al cumplimiento.

En este punto es de resaltar que en el numeral 5.1. "Evidencia del incumplimiento contractual" de la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, se realizó el análisis del material probatorio legalmente recaudado en el marco de la actuación administrativa, el cual cabe resaltar fue conocido oportunamente por los citados y frente a los cuales pudo ejercer el derecho de contradicción, sin que los mismos fueran objeto de reparo, por lo cual se advierte que los medios de convicción arrimados a este procedimiento fueron valorados por el Despacho en conjunto, de acuerdo a la sana crítica, de lo cual se concluyó sin asomo de duda que la sociedad Puerto Solo S.A., no ha dado cumplimiento a la obligación de pago de la contraprestación correspondiente al año 2022, sin que la Concesionaria haya allegado prueba que desvirtúe tal hecho, frente a lo cual



cabe resaltar que la misma apoderada de la concesión en la sustentación del recurso de reposición que nos ocupa, afirmó que en efecto la mencionada sociedad se encuentra incumplida.

Con fundamento en el análisis previo, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando afirma que el acto administrativo cuestionado, incurre en violación al debido proceso y desvirtúa la presunción de legalidad que le asiste, en tanto la Agencia no puede declarar un incumplimiento ante la ausencia de los medios probatorios para demostrar su ocurrencia, o que los mismos fueron valorados de manera errónea, ya que todo lo contrario, la declaratoria de incumplimiento se dio como consecuencia de analizarse debidamente el acervo probatorio obrante en la actuación.

Ello en consideración a que, como se desprende de lo ya planteado no es cierto que el incumplimiento imputado al contratista no estuviera acreditado, por el contrario, en el expediente obran pruebas que demuestran este hecho y es de reiterar que en ninguna oportunidad el contratista aportó una prueba que confirmara el pago de la contraprestación, por lo cual sin asomo de duda la obligación está incumplida, por lo cual el este no adolece de falta o falsa motivación como lo señala el contratista, siendo que los medios de prueba fueron valorados en conjunto, respecto de lo cual no queda duda que no se ha dado cumplimiento a la obligación de pago de la contraprestación correspondiente al año 2022.

Finalmente en lo atinente a que no es la ANI competente para imponer los perjuicios por no ser la acreedora de estos, el Despacho se está a lo resuelto en el acto recurrido y a lo ya analizado en el presente acto administrativo, al resolver idéntico argumento del concesionario.

Por las razones expuestas, el argumento analizado no prospera.

3.2.2. Respetto a la Póliza de Cumplimiento

En cuanto a lo manifestado respecto de la póliza de cumplimiento No. 21-44-101341212, que garantiza el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, es procedente indicar en cuanto a la póliza de cumplimiento, que la Ley ha regulado esta materia, por lo que según lo señala el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, esta debe contener los siguientes amparos:

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

(...)

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

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

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

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

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

(...).”

Al respecto, en la resolución recurrida se hizo referencia a las características del seguro de cumplimiento, por lo cual es pertinente traer de presente nuevamente el pronunciamiento jurisprudencial acotado en el acto administrativo recurrido, como es la sentencia del 22 de abril de 2009 del Consejo de Estado que a su tenor dispone:

“(...) 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.



Documento firmado digitalmente



En este sentido, la póliza de seguro de cumplimiento entidad estatal No. 21-44-101341212 como se observa en la imagen que a continuación se reseña, fue otorgada por las compañías de seguros, Seguros del Estado S.A. con participación del 70% y Nacional de Seguros S.A., con participación del 30%, de la cual es beneficiaria la Agencia Nacional de Infraestructura, y en la que se incluyó el amparo de cumplimiento del contrato de la siguiente manera:

FECHA EXPEDICIÓN		VIGENCIA DESDE			A LAS HORAS		VIGENCIA HASTA			A LAS HORAS		TIPO MOVIMIENTO	
DÍA	MES	AÑO	DÍA	MES	AÑO	00:00	DÍA	MES	AÑO	23:59	ANEXO NO CAUSA PRIMA		
04	05	2021	01	12	2020		01	12	2030				
SEGUROS DEL ESTADO S.A. NIT. 960.009.578-6													POLIZA DE SEGURO DE CUMPLIMIENTO ENTIDAD ESTATAL DECRETO 1082 DE 2015
CIUDAD DE EXPEDICIÓN			SUCURSAL						COD.SUC		NO.PÓLIZA		ANEXO
BOGOTÁ, D.C.			ANTIGUO COUNTRY						21		21-44-101341212		2
DATOS DEL TOMADOR / GARANTIZADO NOMBRE O RAZÓN SOCIAL: SOCIEDAD PORTUARIA ENERGETICA MULTIPROPOSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO IDENTIFICACIÓN NIT: 900.739.289-9 DIRECCIÓN: CALLE 7 NO.3 11 LC101 CIUDAD: BUENAVENTURA, VALLE TELÉFONO: 2404693													
DATOS DEL ASEGURADO / BENEFICIARIO ASEGURADO / BENEFICIARIO: AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA IDENTIFICACIÓN NIT: 830.125.996-9 DIRECCIÓN: AV CL 24 A 59 - 42 T 4 P2 CIUDAD: BOGOTÁ, D.C., DISTRITO CAPITAL TELÉFONO: 4848860													
OBJETO DEL SEGURO CON SUJECCIÓN A LAS CONDICIONES GENERALES DE LA PÓLIZA QUE SE ANEXAN ECU0105, QUE FORMAN PARTE INTEGRANTE DE LA MISMA Y QUE EL ASEGURADO Y EL TOMADOR DECLARAN HABER RECIBIDO Y HASTA EL LÍMITE DE VALOR ASEGURADO SEÑALADO EN CADA AMPARO, SEGUROS DEL ESTADO S.A., GARANTIZA: CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA. EL PROYECTO DE CONCESIÓN PORTUARIA CONSISTE EN LA CONSTRUCCIÓN Y OPERACIÓN DE UN TERMINAL ESPECIALIZADO PARA LA RECEPCIÓN DE HIDROCARBUROS (GAS LICUADO DE PETRÓLEO - GLP -PROPANO HD-5- Y PRODUCTOS REFINADOS DEL PETRÓLEO), DE CONFORMIDAD CON LA RESOLUCIÓN No. 20237070010365 ENTRES No. 538 DE 2012. NOTAS: -EL AMPARO DE CALIDAD DEL SERVICIO HACE REFERENCIA A LA CALIDAD DE LOS MANTENIMIENTOS, CON VIGENCIA DE 2 AÑOS CONTADOS DESDE LA SUSCRIPCIÓN ETAPA REVERSIÓN. -EL AMPARO DE ESTABILIDAD DE LA OBRA TIENE VIGENCIA DE CINCO (5) AÑOS CONTADOS A PARTIR DE LA FECHA DE FINALIZACIÓN DE LA OBRA. -LA PRESENTE PÓLIZA SE EXPIDE DE CONFORMIDAD CON LO PREVISTO EN EL DECRETO 1079 DE 2015.													
AMPAROS RIESGO: CONTRATO DE CONCESIÓN													
AMPAROS		VIGENCIA DESDE		VIGENCIA HASTA		SUMA ASEO/ACTUAL		SUMA ASEO/ANTERIOR					
CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO		01/12/2020		01/12/2025		US\$3,253,347.00							
PART. DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES LEGALES E INDEMNIZACIONES LABORALES		01/12/2020		01/12/2028		US\$1,443,483.00							
CALIDAD DEL SERVICIO		01/12/2025		01/12/2027		US\$5,422,345.00							
ESTABILIDAD Y CALIDAD DE LA OBRA		01/12/2025		01/12/2030		US\$4,156,278.00							

En este sentido, se infiere que al incluir la póliza de cumplimiento No. 21-44-101341212, un amparo de "cumplimiento del contrato", en virtud de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, lo procedente por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura es hacer efectiva esta garantía, al encontrarse en presencia del incumplimiento de una cláusula contractual que establece el pago de la contraprestación, el cual se encuentra plenamente probado y que sin lugar a duda es imputable a la sociedad Puerto Solo S.A., lo cual se efectuó mediante el acto administrativo recurrido, al declarar el incumplimiento y la ocurrencia del siniestro.

En síntesis, no es de recibo el argumento del apoderado de la Garante en cuanto a que la Agencia pretende incluir o extender como beneficiarias el seguro de cumplimiento al INVIAS y al Municipio de Buenaventura, ya que claramente estas no hacen parte de la relación contractual, y tampoco se les concedió esa calidad con el otorgamiento de la garantía, simplemente lo que en este caso ha acaecido es que, ante el incumplimiento de la obligación contractual 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 que fue suscrito con la ANI, se adelantó por la ANI el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en la ley, para declarar el incumplimiento contractual, imponer la multa y los perjuicios derivados de ese incumplimiento, y para hacer efectivo el amparo de cumplimiento, el cual ampara el cumplimiento del contrato, por lo cual no encuentra el Despacho asidero alguno en señalar que este amparo no cubre el incumplimiento declarado al Concesionario, siendo que es incumplimiento es un incumplimiento al contrato amparado por las aseguradoras Seguros del Estado S.A. con participación del 70% y Nacional de Seguros S.A., con participación del 30%.

Por las razones expuestas, el argumento analizado no prospera.



3.2.3 Finalidad de la sanción consistente en multa

Respecto de esta argumentación, el garante mencionó que la multa calculada hace referencia a incumplimientos no atribuibles al contratista y que la cuantificación de esta se encuentra desprovista de proporcionalidad y que esto generaría una desfinanciación al contratista, a tal punto que le impediría no ejecutar actividades pendientes.

En este punto encuentra el Despacho que, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 no refirió nada respecto de la graduación de la multa, pero no debe perderse de vista que las partes sí previeron, dentro del clausulado contractual, la manera como la ANI ejercería la potestad sancionatoria que le asiste, y como se proporcionaría esa potestad, según el tipo de incumplimiento contractual, para el efecto la Sección 9.1 y 9.6 literal (a) romanito (i) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, establece que:

“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.

En este sentido, claramente la Agencia en cumplimiento de lo establecido en el pacto contractual, emitió el concepto financiero radicado ANI No.20223080110863 de fecha 12 de septiembre de 2022, en el cual se aplicaron los criterios para graduar la multa y concluyendo que *“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”.*

Esto implica que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, acordaron de manera previa, la forma en que serían tasadas de forma proporcional las multas para determinadas situaciones de posible incumplimiento y, en ese contexto, se acude a un principio del derecho



contractual denominado *pacta sunt servanda* regulado en el Código Civil artículo 1602, en donde expresamente se dispuso que las cláusulas contractuales pactadas solo podrán ser desconocidas e invalidadas por el consentimiento mutuo de las partes o por causas legales, y en el presente caso no existe fundamento para desconocer lo acordado por las partes respecto de la manera de tasar la multa.

En desarrollo del principio del contrato ley para las partes, el Consejo de Estado¹⁴ ha mencionado lo siguiente:

“los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial”.

Ahora bien, debe el Despacho precisar que al señalar que se dé aplicación a lo acordado por las partes, de ninguna manera se está desconociendo el principio de la proporcionalidad de las sanciones, ya que precisamente las partes acordaron cuál debería ser el tipo de sanción aplicable, según la gravedad del incumplimiento contractual, lo que constituye el principio de proporcionalidad en el contrato, más aun teniendo en cuenta que la multa a imponer se puso en conocimiento desde la citación y así se aplicó en la Resolución No.20237070013805 del 25 de octubre de 2023, conforme a la Sección 9.1 y 9.6 literal (a) romanito (i) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021.

En ese orden de ideas, no existe vulneración alguna al principio de proporcionalidad, pues como se ha mencionado, la ANI está dando aplicación estricta a lo previsto por las partes en el contrato que regula su relación, y es el contrato el instrumento normativo que en este caso regula la forma en que se debe proporcionar la multa.

Es por ello por lo que el argumento no tiene vocación de prosperar.

3.2.4 Violación de norma superior. Imposibilidad de hacer efectivo el amparo de cumplimiento por no acreditarse perjuicios reales padecidos

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

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

Frente a la potestad legal de las Entidades Públicas sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para cuantificar perjuicios, es necesario remitirse a la Sentencia C-499 de 2015 de la Corte Constitucional, en la que se analizó la exequibilidad de tal potestad.

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

¹⁴ Sentencia Consejo de Estado. Sección III. Subsección B, MP. Danilo Rojas Betancourth. Radicación: 25000232600020010107201 Radicación interna: 29852, de fecha 2 de mayo de 2015



incumplimiento del contratista, previa declaración de este, luego de haberse agotado el procedimiento respectivo.

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

Es por esto por lo que es pertinente, citar apartes de la sentencia C-499 de 2015:

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

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

(...)

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

De lo anterior, se resalta que, en el escenario de la responsabilidad contractual, la cuantificación de perjuicios está supeditada a la ocurrencia necesaria del incumplimiento del contrato y la consecuente cuantificación de perjuicios, tema que ya fue analizado por el Despacho al momento de estudiar los argumentos que fueron presentados por el Contratista, ante lo cual, resulta redundante referirse nuevamente a este punto.

En lo que tiene que ver con un supuesto enriquecimiento sin justa causa por parte de la Agencia, debe señalarse que la cuantificación de los perjuicios derivados del incumplimiento en que incurrió el Concesionario, no se puede considerar como un enriquecimiento sin justa causa de la Entidad Estatal, toda vez que no se dan los presupuestos de dicha figura, cuales son: i) enriquecimiento de un patrimonio, ii) empobrecimiento de otro y iii) un origen común entre los dos¹⁵, situación que no se ve reflejada dentro de este procedimiento administrativo sancionatorio, en el que la cuantificación de los perjuicios no es nada distinto que aplicar una consecuencia directa del incumplimiento del Concesionario, aunado a que los perjuicios impuestos no son para la ANI, sino para el Distrito de Buenaventura.

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

¹⁵Benavides, J. L. Enriquecimiento sin causa y Contratos Públicos. Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Universidad Externado de Colombia, 2014, p. 154, t. 1.



3.2.5. Limitación de responsabilidad según porcentaje de responsabilidad con base en el coaseguro

El Despacho respecto a que no se probaron en debida forma los presuntos perjuicios padecidos, no se pronunciará nuevamente, atendiendo a que este argumento ya fue analizado previamente, en el estudio de los argumentos planteados por el Concesionario.

En cuanto al coaseguro, la Resolución 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, se pronunció expresamente sobre este aspecto en los siguientes términos:

“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.”

Por lo cual, no evidencia el Despacho que en el acto administrativo recurrido no se haya decidido sobre este aspecto, ya que como se evidencia se analizó lo relacionado con los límites de responsabilidad establecido en el coaseguro, concluyendo que en la presente actuación se daría aplicación a tal figura, por lo cual no encuentra sustento para el reparo presentado por la garante en este aspecto.

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

3.2.6. Aplicabilidad de la compensación como fenómeno de extinción de las obligaciones.

Al respecto la garante solicitó que se aplicación a la figura de la compensación, en virtud a que la entidad estatal como el contratista, tendrían la calidad al mismo tiempo, deudores y acreedores entre sí, conforme a esto es prudente ratificar lo dispuesto por el Despacho en la Resolución 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, respecto que en la actualidad no se está en presencia de una obligación de multa actualmente exigible, por lo anterior no es posible acceder a la solicitud.

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



3.3. Argumentos de Nacional de Seguros S.A.

3.3.1. Falta de legitimidad de la ANI para el cobro de sumas que no se pactaron a su favor.

Respecto de la teoría de los actos propios, es procedente citar el siguiente pronunciamiento jurisprudencial:

“Para el caso sub judice vale la pena concentrar la atención en la doctrina de los actos propios o “venire contra factum proprium non valet” en cuya virtud se afirma que la conducta anterior de una parte – y la objetiva confianza que tal obrar inspiró en la contraparte- le vincula para sus actos posteriores, de modo tal que le está proscrito violar la legítima expectativa generada.

En este sentido, la doctrina ha considerado que este reproche radica en el hecho de alzarse contra la buena fe objetiva, ya que “cuando hablamos del deber de respetar la confianza generada en la contraparte, resulta evidente que la confianza es consecuencia de un deber objetivo, el deber de coherencia, que se traduce en deber de preservar la confianza suscitada con las propias actuaciones u omisiones”, nótese cómo este deber de coherencia refulge también desde la perspectiva discursiva, como arriba se vio, de modo tal que podría decirse, sin incurrir en equivoco alguno, que quien obra en sentido contrario a su actuar antecedente quebranta en un sentido relevante una regla fundamental del discurso y, con ello, la propia esencia de la argumentación jurídica (en este caso judicial), es por tal razón que se trata de una doctrina cuyo radio de acción supera, en creces, el ámbito negocial siendo evidente su observancia también en el contexto de las actuaciones administrativas y judiciales¹⁶ y, en general, en todo los escenarios de discusión jurídica¹⁷.

Conforme a lo anterior, es preciso señalar que, en efecto, este Despacho en la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, en consideración al 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 prevista en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, se abstuvo de ordenar el pago de perjuicios en favor de este y solo se limitó a ordenar perjuicios por el no pago de la contraprestación al Distrito de Buenaventura.

Esto se debió al análisis y valoración del acervo probatorio obrante en el expediente, y conocido por los citados, particularmente el 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 el cual informó 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, por lo cual mal haría el Despacho en desconocer tal prueba y ordenar el pago de unos perjuicios que están siendo perseguidos por dicha Entidad.

Ahora bien, en cuanto a lo afirmado por el apoderado, respecto a que la decisión de no ordenar el pago de los perjuicios a favor del INVIAS, da cuenta de que el legitimado para perseguir los perjuicios ocasionados por el no pago de la contraprestación está en cabeza exclusivamente del INVIAS, tal argumento no tiene sustento en vista de que por ministerio de la Ley 1º de 1991, que en el numeral 5.2 del artículo 5º dispone que “(...) La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, 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

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-475 de 1992, C-836 de 2001, entre otras. Precisamente en esta última se dijo: “10. (...) En efecto, si esta máxima [la del venire contra factum proprium] se predica de la actividad del Estado en general, y se extiende también a las acciones de los particulares, donde –en principio- la autonomía privada prima sobre el deber de coherencia, no existe un principio de razón suficiente por el cual un comportamiento semejante no sea exigible también a la actividad judicial

¹⁷ Consejo de Estado, Sección III, Subsección C, sentencia del 10 de diciembre de 2015, radicado: 11001-03-26-000-2015-00031-00 (53165), MP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



donde operen los puertos”, y el artículo 7° de la Ley 1ª de 1991, modificado por la Ley 856 de 2003, que establece que:

“Artículo 7o. 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, Invías, 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, Invías, o quien haga sus veces.”

Resulta claro que el INVIAS y el municipio en este caso, el Distrito de Buenaventura, es quien recibe los dineros de la Contraprestación Portuaria, pero esto no impide que la ANI en ejercicio de su facultad sancionatoria contractual, y en calidad de concedente, pueda cuantificar los perjuicios causados por el incumplimiento de las obligaciones del contrato, por tal motivo no es viable que este Despacho adopte la misma conducta frente al Distrito de Buenaventura, en tanto no obra prueba que acredite que este último haya adelantado alguna gestión para el cobro de los perjuicios.

En ese sentido, no es viable aplicar la teoría de los actos propios bajo estas circunstancias, ya que las situaciones respecto del cobro de perjuicios no son equiparables en el caso del INVIAS y el Distrito de Buenaventura, en tanto para uno sí se acreditó el inicio de un cobro coactivo, mientras para el otro no se conoce actuación alguna, por lo cual no se configura ninguna expectativa legítima que impida la persecución de los perjuicios por el no pago de la contraprestación al Distrito de Buenaventura y mucho menos que la Agencia haya adoptado una posición contraria a lo inicialmente sostenido.

Se precisa en todo caso, como lo pidió el Concesionario, y así se hará en el resuelve de este acto administrativo, que tales perjuicios son del Distrito de Buenaventura, no de la ANI.

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

2.3.2. Inexistencia de perjuicios -y/o su prueba- que hubiere sufrido la ANI.

Teniendo en cuenta que este aspecto ya fue abordado por el Despacho, por economía procesal no se hará un nuevo pronunciamiento al resultar redundante.

2.3.3. Inexistencia de fijación de plazo a la Concesionaria para el pago de los intereses e identificación del deudor de esta.

Sobre el particular, este aspecto ya fue resuelto favorablemente por el Despacho, a solicitud del Concesionario, en el numeral 3.1.4 *“en la Resolución no se especifica que los intereses moratorios por los que se condena a Puerto Solo deban ser pagados al municipio de Buenaventura”*, de este acto administrativo, por lo cual Despacho no se pronunciará nuevamente respecto a la solicitud.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO. MODIFICAR el artículo tercero de la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, el cual quedará así:



Documento firmado digitalmente



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)**. El valor a pagar deberá ser consignado a favor del Municipio de Buenaventura, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo, en la cuenta de ahorros que a continuación se señala:

Entidad	# Cuenta a consignar	Denominación Cuenta	E-mail contacto
Municipio de Buenaventura	CUENTA DE AHORROS BANCO DE BOGOTÁ #186-75111-1	COSTAS JUDICIALES- MUNICIPIOS DE BUENAVENTURA	tesoreria@buenaventura.gov.co

SEGUNDO. CONFIRMAR en todo lo demás la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023, al no prosperar los argumentos que fueron formulados por los apoderados de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., Seguros del Estado S.A. y Nacional de Seguros S.A., en los recursos de reposición que fueron interpuestos, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo.

TERCERO. EN FIRME esta decisión desde el día siguiente de su notificación en audiencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No. 20237070013805 del 25 de octubre de 2023.

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

QUINTO. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 14-12-2023

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

Proyecto: Adriana Patricia Bernal Peña – Experto GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales VJ
 Revisó: María Eugenia Sierra Botero - Abogada, GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales VJ



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

Radicado ANI No.: 20241010000829



Fecha: 22-01-2024

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

Se hace constar que la **Resolución No. 20237070017555** expedida el **jueves 14 de diciembre de 2023**, quedó ejecutoriada, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el **viernes 15 de diciembre de 2023**, día siguiente a la notificación en audiencia sin que procedan recursos.

La presente constancia se expide en Bogotá D.C., en la fecha que aparece junto a la firma digital.

OLGA ISABEL BUELVAS DICKSON
VICEPRESIDENTE JURÍDICA

Proyectó: Tatiana Puerto Siabato – Contratista VJ

Anexos: SOPORTES

cc:

VoBo: LADY DAIANA PABON RINCON
Nro Rad Padre: 20237070017555
Nro Borrador: 20241010003501

OLGA ISABEL BUELVAS DICKSON
2024.01.22 09:44:26
Firmado Digitalmente
CN=OLGA ISABEL BUELVAS DICKSON
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INFRAES
E=obuevas@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits
Agencia Nacional de
Infraestructura