Documento firmado digitalmente

REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20237070005845**

Fecha: **23-05-2023**

"Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado contra la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, por el presunto no pago de la contraprestación portuaria. Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017. Expediente 20217070320700044E."

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

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones Nos. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, 2042 del 7 de noviembre de 2018, 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 de 20 de febrero de 2020 de la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI), y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, procede a adoptar una decisión de fondo dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, a partir de los siguientes:

CONSIDERANDO

I. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS.

Dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

En calidad de Investigado

- **EL CONCESIONARIO:**

SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A., identificada con NIT 901057588-2 en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017.

En calidad de garante del Investigado

- **LA ASEGURADORA:**

LA EQUIDAD SEGUROS ORGANISMO COOPERATIVO, identificada con NIT 860.028.415-5, garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, según póliza de cumplimiento No. AA054329.

Documento firmado digitalmente

GTEC

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

II.2 PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

2.1.1. La Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura, mediante Memorando No. 20213030116033 del 24 de agosto de 2021 solicitó a la Gerencia del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de esta Agencia el inicio del Procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con ocasión al presunto incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el presunto no pago de la contraprestación portuaria de los años 2020 y 2021.

2.1.2 La referida solicitud, fue aclarada y complementada por medio del Memorando No. 20213080136853 del 13 de octubre de 2021, expedido por la Gerencia Grupo Interno de Trabajo (GIT) Financiero de la Vicepresidencia de Gestión Contractual.

2.1.3. Una vez recibida la solicitud y el complemento anteriormente enunciado, la Gerencia del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la ANI, en atención a sus funciones y competencias verificó el cumplimiento de los requisitos para dar inicio al Procedimiento Sancionatorio solicitado, y procedió a citar mediante el Oficio No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021 a la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., y a su Garante, La Equidad Seguros Organismo Cooperativo, a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual se realizó el día 22 de diciembre de 2021.

2.1.4. Atendiendo las medidas adoptadas por el Gobierno Nacional ante la emergencia sanitaria, a través de medios virtuales, por medio de la aplicación Microsoft Teams, el día 22 de diciembre de 2021 se celebró la Audiencia citada, con la participación del Apoderado de La Equidad Seguros Organismo Cooperativo, así como de dos (2) abogados que se presentaron en nombre del Concesionario, y solicitaron el aplazamiento de la audiencia, solicitud que fue elevada también por el Apoderado del Garante, en atención a lo cual, dado que su calidad sí se encontraba acreditada en este procedimiento, el Despacho accedió a suspender la audiencia y reanudarla el día 12 de enero de 2022.

2.1.5. El día 12 de enero de 2022, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a la cual asistieron los Apoderados del Concesionario y el Garante y en virtud de lo previsto en el literal b) de la citada norma, el Despacho presentó las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse en el desarrollo de la actuación, de conformidad con lo consignado en la citación a audiencia.

Surtido lo anterior, se procedió a otorgar el uso de la palabra al Concesionario quien pone de presente que algunos anexos no fueron allegados con la citación, por lo cual solicita nuevamente el aplazamiento de la audiencia, petición que es coadyuvada por el Garante, quien advierte que se puede estar ante una nulidad del procedimiento. Luego de analizar tales peticiones y sus fundamentos, el Despacho decidió negarlas y seguir adelante con la audiencia por no encontrar mérito para acceder a las mismas.

Por lo anterior, en la audiencia el Concesionario y el Garante presentaron sus descargos, al igual que algunas solicitudes probatorias.

2.1.6. El día 2 de marzo de 2022, mediante correo electrónico radicado en la Agencia con el No. 20224090249182, el Representante Legal del Concesionario remitió el Acuerdo de Pago suscrito con el INVIAS respecto de la contraprestación correspondiente a las anualidades 2017, 2018 y 2019.

2.1.7. Mediante el Auto No. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022, se ordenó la incorporación de algunos de los documentos aportados por el Concesionario y su traslado al Garante. Igualmente se rechazó la incorporación de otros documentos allegados por el Concesionario y se ordenó oficiar al Instituto Nacional de Vías (INVIAS) y al Municipio de Tumaco para que informaran si se encontraban adelantando algún tipo de negociación o actividad tendiente a la celebración de

Documento firmado digitalmente
GTEC

acuerdos de pago con la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A derivados del Contrato de Concesión No. 02 de 2017 correspondiente a las vigencias 2020 y 2021, y si habían celebrado acuerdo de pago con la aludida Sociedad Portuaria respecto del pago de la contraprestación referida.

Así mismo, se ordenó la incorporación de oficio de dos (2) archivos Excel, su traslado al Garante y al Concesionario y se decretó de oficio una prueba consistente en solicitar a la Supervisión del Contrato informar sobre lo siguiente: i) si a la fecha el Concesionario ha allegado a la ANI algún acuerdo de pago respecto de las vigencias 2020 y 2021 que impacte el presunto incumplimiento objeto de reproche en la presente actuación, ii) el estado actualizado del presunto incumplimiento relacionado con el pago de la contraprestación respecto de los años 2020 y 2021 al Municipio de Tumaco y al INVÍAS y iii) en caso de persistir el presunto incumplimiento, actualizar el valor de la multa a imponer y los perjuicios presuntamente causados.

Dicho Auto fue notificado a los Citados por correo electrónico el día 16 de agosto de 2022[1], y comunicado al Municipio de Tumaco con el Oficio No. 20227070257911 y al INVIAS con el Oficio No. 20227070257921, ambos del 25 de agosto de 2022.

Los Citados no se pronunciaron en el traslado.

2.1.8. El día 18 de agosto de 2022, mediante correo electrónico, el Concesionario interpuso recurso de reposición contra el Auto No. 20227070002046 y de manera subsidiaria solicitó un control de legalidad sobre este.

Tales solicitudes fueron decididas a través del Auto No. 20227070002476 del 30 de septiembre de 2022, rechazando por improcedentes las mismas.

El aludido Auto fue notificado a los Citados por correo electrónico el día 3 de octubre de 2022[2].

2.1.9. En respuesta a las pruebas decretadas con el Auto No. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022, la Supervisión del Contrato remitió el Memorando No. 20223080105903 del 31 de agosto de 2022, y el INVIAS envió el Oficio SDJ 54990 del 13 de septiembre de 2022 (Radicado ANI No. 20224091058292).

2.1.10. A través del Auto No. 20227070002596 del 21 de octubre de 2022, el Despacho ordenó la incorporación y el traslado a los Citados de las pruebas referidas en el numeral anterior. Al igual que tener por agotado el objeto de la prueba consistente en oficiar al Municipio de Tumaco.

El mencionado Auto fue notificado a los Citados por correo electrónico el día 21 de octubre de 2022[3]. Los Citados no se pronunciaron en el traslado.

2.1.11. Mediante Auto No. 20231010000016 del 3 de enero de 2023, se ordenó la reprogramación de la audiencia para el día 19 de enero del 2023.

El mencionado Auto fue notificado a los Citados por correo electrónico el día 3 de enero de 2023[4].

2.1.12. A través de los Autos Nos. 20237070000106 del 19 de enero de 2023, 20237070000356 del 8 de febrero de 2023 y 20237070000536 8 de marzo de 2023, el Despacho reprogramó la reanudación de la audiencia para el 9 de febrero de 2023, 9 de marzo de 2023 y para una fecha posterior, respectivamente, en atención a la solicitud del Concesionario referida al aplazamiento de la audiencia teniendo en cuenta las acciones de este, tendientes a la suscripción de un Acuerdo de Pago con el INVÍAS respecto del pago de la contraprestación de las vigencias 2020, 2021 y 2022.

Los mencionados Autos fueron notificados a los Citados por correo electrónico los días 19 de enero de 2023[5], 8 de febrero de 2023[6] y 8 de marzo de 2023[7], respectivamente.

[1] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20224090249541 del 18 de agosto de 2022.
[2] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20224090310771 del 3 de octubre de 2022.
[3] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20224090338021 del 24 de octubre de 2022.
[4] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090001221 del 3 de enero de 2023.
[5] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090016011 del 19 de enero de 2023.
[6] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090040881 del 9 de febrero de 2023.
[7] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090080851 del 9 de marzo de 2023.

Documento firmado digitalmente

GTEC

Con los Autos Nos. 20237070000106 del 19 de enero de 2023 y 20237070000536 del 8 de marzo de 2023, se ordenó la incorporación de documentos expedidos por el INVIAS relacionados con la suscripción de un acuerdo de pago que tiene por objeto al parecer el pago de la contraprestación objeto de esta actuación y que fueron allegados por el Concesionario y, también se ordenó el traslado de estos al Garante.

2.1.13. Mediante escritos remitidos por correo electrónico los días 24 de enero de 2023 y 14 de marzo de 2023, Radicados ANI Nos. 20234090150932 del 9 de febrero de 2023 y 20234090294742 del 15 de marzo de 2023, estando dentro del término el Garante descorrió el traslado de los documentos incorporados.

2.1.14. Igualmente, con el Auto No. 20237070000536 de 8 de marzo de 2023, este Despacho ordenó la práctica de una prueba consistente en oficiar al INVIAS con el propósito que informara lo siguiente: i) ¿Cuál es el estado en que se encuentra el trámite del *"segundo acuerdo de pago, en virtud del contrato de concesión 002 de 2017 anualidades 2020, 2021 y 2022"* al que se hace referencia en el Oficio SDJ 7248 del 13 de febrero de 2023?, y ii) ¿Cuál es el procedimiento que sigue el INVÍAS, una vez el Concesionario allegue dicha garantía, y cuánto tiempo se estima puede tomar la aprobación de esa garantía y la posterior suscripción de un acuerdo de pago?

2.1.14. El INVIAS dio respuesta a la prueba decretada a través del Oficio No. SDJ 16029 del 21 de marzo de 2023, el cual fue remitido mediante correo electrónico del 3 de abril de 2023[8].

2.1.15. Con el Auto No. 20237070000816 del 13 de abril de 2023, el Despacho ordenó la incorporación del Oficio No. SDJ 16029 del 21 de marzo de 2023 y su traslado a los Convocados.

El mencionado Auto fue notificado a los Citados por correo electrónico el día 13 de abril de 2023[9]. Los Citados no se pronunciaron en el traslado.

2.1.16. Una vez practicadas todas las pruebas decretadas dentro de la presente actuación y habiendo dado traslado de estas a los Citados, en cumplimiento de lo ordenado en el Auto del 13 de abril de 2023, el Despacho, mediante el Auto No. 20237070001066 del 9 de mayo de 2023, ordenó la reanudación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, para el día 17 de mayo de 2023.

2.1.17. A través del Auto No. 20237070001076 del 11 de mayo de 2023, en atención a las solicitudes de reprogramación de la audiencia presentadas por los Apoderados del Concesionario y el Garante, el Despacho ordenó la reprogramación de la audiencia para el día 23 de mayo de 2023. Dicho Auto les fue notificado el día 11 de mayo de 2023[10] a los correos electrónicos autorizados para tal fin.

2.2. DEL CARGO ÚNICO IMPUTADO.

Se estableció desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que el cargo a imputar a la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., consiste en el presunto incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el presunto no pago de la contraprestación portuaria. Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017.

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

2.3. DE LAS PRUEBAS Y HECHOS QUE ORIGINARON LA ACTUACIÓN

[8] Radicado ANI No. 20234090378272 del 4 de abril de 2023.

[9] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090121141 del 14 de abril de 2023.

[10] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090160021 del 11 de mayo de 2023.

Documento firmado digitalmente

A continuación, se relacionan las pruebas recaudadas en la actuación y que serán tenidas en cuenta para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento, partiendo para el efecto del informe de la Supervisión, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, soporta el inicio del trámite sancionatorio cuando se evidencia un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

2.3.1. Del informe de la Supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017.

La Supervisión del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, a través del Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021, reportó el presunto incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el presunto no pago de la contraprestación portuaria. Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, señalando lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *2.1.3 La Agencia mediante oficio con radicado No. 2020-308-013958-1 del 14 de mayo de 2020, respondió al INVÍAS con copia al concesionario, sobre la liquidación de la deuda por contraprestación de febrero de 2020 que tiene la sociedad a 31 de mayo de 2020, de acuerdo con la solicitud de la señora Mary Luz Quevedo, funcionaria de Invias, realizada mediante correo del 21 de abril de 2020, donde se establece que dicha sociedad no pago ningún valor de la contraprestación a favor de Invias; en tanto que a favor del Municipio de Tumaco abona parte de la deuda dejando un saldo pendiente por pagar a favor del Municipio de Tumaco.*
> *(…)*
>
> *2.1.9 Mediante oficio con radicado No. 2021-308-010246-1 del 12/04/2021, se envía oficio a Invías, al Municipio de Tumaco y a la Sociedad Portuaria Tumaco Pacific Port la liquidación de la deuda por contraprestación correspondiente a las vigencias 2020 y 2021, con fecha de corte 30 de abril de 2021 que la Sociedad portuaria adeuda a favor de Invias y del Municipio de Tumaco, (…)*
>
> *A la fecha y pese a los oficios mencionados los cuales fueron enviados a la Sociedad Portuaria Tumaco Pacific Port, a la fecha la mencionada Sociedad no se ha pronunciado informando sobre pagos que haya efectuado a favor de Invias y/o del Municipio de Tumaco por la deuda por contraprestación de las vigencias 2020 y 2021.*
> *(…)"*

Igualmente, con el Memorando No. 20213030116033 del 24 de agosto de 2021, mediante el cual la Vicepresidencia de Gestión Contractual solicitó el inicio formal de un procedimiento administrativo sancionatorio contractual contra el Concesionario informó:

> *"(…)*
>
> *Además en la comunicación antes referida, se indica que a 30 de abril de 2021 la Sociedad Portuaria Tumaco Pacific Port S.A. adeudaría por capital a INVIAS la suma de USD 879.396,75 equivalentes a TRES MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES NOVENTA MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS CON SETENTA Y SEIS CENTAVOS ($3.246.090.844,76) M/Cte. a la TRM promedio del año 2020 y la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y DOS PESOS CON OCHENTA Y TRES CENTAVOS ($497.234.242,83) M/Cte., correspondientes a intereses moratorios acumulados. Para un total adeudado de TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS VEINTICINCO MIL OCHENTA Y SIETE PESOS CON CINCUENTA Y OCHO CENTAVOS ($3.743.325.087,58) M/Cte.*
>
> *Y al Municipio a 30 de abril de 2021 adeudaría la suma de USD 36.816,54 equivalentes a CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES OCHOCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS CON OCHENTA Y SEIS CENTAVOS ($135.899.780,86) M/Cte. a la TRM promedio del año 2020 y la suma de SEIS MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL OCHOCIENTOS*

Documento firmado digitalmente

GTEC

NOVENTA Y OCHO PESOS CON CUARENTA Y UN CENTAVOS ($6.545.898,41) M/Cte., correspondientes a intereses moratorios acumulados. Para un total adeudado de CIENTO CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS CON VEINTISIETE CENTAVOS ($142.445.679,27) M/Cte.

En resumen, la deuda que presenta la Sociedad Portuaria se muestra a continuación:

FECHA DE LIQUIDACIÓN	SALDO ACUMULADO CAPITAL (USD)		TOTAL CAPITAL (USD)	SALDO ACUMULADO CAPITAL (COP)	INTERESES ACOMULADOS (COP)		TOTAL INTERESES (COP)	TOTAL DEUDA COP
	INVIAS	MUNICIPIO		INVIAS y MUNICIPIO (*)	INVIAS	MUNICIPIO		
30/04/2021	USD 879.396,75	USD 36.816,54	USD 916.213,29	$ 3.381.990.626	497.234.242,83	6.545.898,41	$ 503.780.141	$ 3.885.770.766,85

(*) Para convertir saldo acumulado capital a COP se utiliza TRM promedio anual 2020 (3.691,27)
Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGC.

(…)"

2.3.2. De las demás pruebas recaudadas en el procedimiento.

Adicional al referido informe, la Agencia Nacional de Infraestructura ha tomado en consideración las demás pruebas documentales allegadas a la actuación que se resumen en las siguientes:

2.3.2.1. Pruebas documentales aportadas por el Equipo de Coordinación y Seguimiento del Contrato con la solicitud de inicio del procedimiento sancionatorio y contenidos en la Citación:

2.3.2.1.1. Documentos concernientes al trámite precontractual:

- Resolución de Otorgamiento No. 989 de 21 de julio de 2017, *"Por la cual se otorga una concesión a la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A."*.

2.3.2.1.2. Documentos concernientes al trámite contractual, relevantes para la presente actuación:

- Contrato de Concesión Portuaria No. 002 del 1 de agosto de 2017.
- Acta de inicio del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 del 1 de agosto de 2017, firmada el 4 de agosto de 2017.

2.3.2.1.3. Documentos concernientes a las garantías contractuales:

- Póliza de Seguro de Cumplimiento Entidad Estatal No. No. AA054329, expedida el 3 de agosto de 2017.

2.3.2.1.4. Pruebas concernientes a la configuración del presunto incumplimiento, conforme a los hechos contenidos en la citación:

- Oficio No. 20203080027181 del 31 de enero de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI propuso al Concesionario una revisión conjunta de la autoliquidación de la contraprestación antes de finalizar febrero de 2020, de conformidad con lo establecido en el anexo 2 del CONPES 3744 del 15 de abril de 2013.

- Acta de reunión No. 001 del 24 de febrero de 2020, en la cual se dejó constancia de la revisión de la autoliquidación de la contraprestación presentada por el Concesionario para pagar a 28 de febrero de 2020, detallando que el valor a pagar al INVIAS correspondía a la suma de mil cuatrocientos noventa y un millones cuatrocientos seis mil ciento cincuenta y cinco pesos ($1.491.406.155) y al Municipio de Tumaco al valor de ciento treinta millones trescientos noventa y tres mil novecientos sesenta y un pesos ($130.393.961), para un total de mil seiscientos veintiún millones ochocientos mil ciento dieciséis pesos ($1.621.800.116).

Documento firmado digitalmente

GTEC

- Oficio No. 20203080065841 del 25 de febrero de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió a INVIAS el detalle del valor de la contraprestación a pagar a 28 de febrero de 2020, así:

FECHA LIQUIDACIÓN	CAPITAL USD	TRM promedio año 2019	CAPITAL $COP	Intereses $ COP	Total PESOS
28-feb-20	USD 454.366	$ 3.282,39	$ 1.491.406.155	$ -	**$ 1.491.406.155**

- Oficio con radicado No. 20203080139581 del 14 de mayo de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS la liquidación de la contraprestación de la vigencia 2020 adeudada por el Concesionario a esa Entidad con corte al 31 de mayo de 2020, la cual ascendía a la suma de cuatrocientos cincuenta y cuatro mil trescientos sesenta y cinco dólares con noventa y dos centavos (USD 454.365,92) equivalentes a mil cuatrocientos noventa y un millones cuatrocientos seis mil ciento cincuenta y cinco pesos con quince centavos ($1.491.406.155,15) a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) promedio del año 2019, y la suma de noventa y dos millones quinientos ochenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y nueve pesos con ochenta y ocho centavos ($92.588.449,88) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de mil quinientos ochenta y tres millones novecientos noventa y cuatro mil seiscientos cinco pesos con tres centavos ($1.583.994.605,03) m/cte.

- Correo remitido por el INVIAS a la ANI el 21 de abril de 2020, solicitando la liquidación de lo que le adeudaba el Concesionario para la anualidad 2020 con corte al 30 de mayo de 2020, teniendo en cuenta la solicitud de acuerdo de pago presentada por este.

- Correo remitido por el INVIAS a la ANI el 24 de agosto de 2020, solicitando la liquidación de lo que le adeudaba el Concesionario para la anualidad 2020 con corte al 30 de septiembre de 2020.

- Oficio No. 20203080271701 del 16 de septiembre de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS la liquidación de la contraprestación de la vigencia 2020 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 30 de septiembre de 2020.

  En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencia 2020 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de cuatrocientos cincuenta y cuatro mil doscientos treinta y un dólares con sesenta y nueve centavos (USD 454.231,69) equivalentes a mil cuatrocientos noventa millones novecientos sesenta y cinco mil quinientos sesenta y cinco pesos con setenta y cuatro centavos ($1.490.965.565,74) a la TRM promedio del año 2019, y la suma de doscientos catorce millones cuarenta y tres mil ochocientos siete pesos con diez centavos ($214.043.807,10) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de mil setecientos cinco millones nueve mil trescientos setenta y dos pesos con ochenta y cuatro centavos ($1.705.009.372,84) m/cte.

  Respecto del Municipio de Tumaco se señaló que la suma ascendía a diecisiete dólares con noventa y dos centavos (USD 17,92) equivalentes a cincuenta y ocho mil ochocientos nueve pesos con veintinueve centavos ($58.809,29) m/cte. a la TRM promedio del año 2019 y la suma de ocho mil cuatrocientos cuarenta y dos pesos con sesenta y nueve centavos ($8.442,69) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de sesenta y siete mil doscientos cincuenta y un pesos con noventa y ocho centavos ($67.251,98) m/cte.

- Oficio No. 20203080285971 del 29 de septiembre de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS la liquidación de la contraprestación de la vigencia 2020 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 30 de septiembre de 2020, reiterando lo indicado en el Oficio No. 20203080271701 del 16 de septiembre de 2020.

- Oficio No. 20203080326081 del 27 de octubre de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al

Documento firmado digitalmente

Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de la vigencia 2020 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 31 de octubre de 2020.

En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencia 2020 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de cuatrocientos cincuenta y cuatro mil doscientos treinta y un dólares con sesenta y nueve centavos (USD 454.231,69) equivalentes a mil cuatrocientos noventa millones novecientos sesenta y cinco mil quinientos sesenta y cinco pesos con setenta y cuatro centavos ($1.490.965.565,74) a la TRM promedio del año 2019, y la suma de doscientos cuarenta y cuatro millones cuatrocientos sesenta mil veinticuatro pesos con sesenta y seis centavos ($244.460.024,66) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de mil setecientos treinta y cinco millones cuatrocientos veinticinco mil quinientos noventa pesos con cuarenta centavos ($1.735.425.590,40) m/cte.

Respecto del Municipio de Tumaco se señaló que la suma ascendía a diecisiete dólares con noventa y dos centavos (USD 17,92) equivalentes a cincuenta y ocho mil ochocientos nueve pesos con veintinueve centavos ($58.809,29) m/cte. a la TRM promedio del año 2019 y la suma de nueve mil seiscientos cuarenta y dos pesos con cuarenta y dos centavos ($9.642,42) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de sesenta y ocho mil cuatrocientos cincuenta y un pesos con setenta y un centavos ($68.451,71) m/cte.

- Oficio No. 20203080374751 del 04 de diciembre de 2020, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de la vigencia 2020 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 31 de diciembre de 2020.

  En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencia 2020 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de cuatrocientos cincuenta y cuatro mil doscientos treinta y un dólares con sesenta y nueve centavos (USD 454.231,69) equivalentes a mil cuatrocientos noventa millones novecientos sesenta y cinco mil quinientos sesenta y cinco pesos con setenta y cuatro centavos ($1.490.965.565,74) a la TRM promedio del año 2019, y la suma de trescientos dos millones novecientos cuarenta y tres mil seiscientos treinta y tres pesos con cuarenta y dos centavos ($302.943.633,42) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de mil setecientos noventa y tres millones novecientos nueve mil doscientos veintinueve pesos con quince centavos ($1.793.909.229,15) m/cte.

  Respecto del Municipio de Tumaco se señaló que la suma ascendía a diecisiete dólares con noventa y dos centavos (USD 17,92) equivalentes a cincuenta y ocho mil ochocientos nueve pesos con veintinueve centavos ($58.809,29) m/cte. a la TRM promedio del año 2019 y la suma de once mil novecientos cuarenta y nueve pesos con veinticuatro centavos ($11.949,24) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de sesenta mil setecientos cincuenta y ocho pesos con cincuenta y tres centavos ($70.758,53) m/cte.

- Oficio No. 20213080041121 del 15 de febrero de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI propuso al Concesionario una revisión conjunta de la autoliquidación de la contraprestación antes de finalizar febrero de 2021, de conformidad con lo establecido en el anexo 2 del CONPES 3744 del 15 de abril de 2013.

- Memorando No. 20213080057823 del 9 de abril de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI informa a la Vicepresidencia de Gestión Contractual y a la Gerencia de Proyectos Portuarios de la misma Vicepresidencia de la ANI, la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario con corte a 30 de abril de 2021.

  En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencias 2020 y 2021 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de ochocientos setenta y nueve mil trescientos noventa y seis dólares con sesenta y cinco centavos (USD 879.396,75) equivalentes a tres mil doscientos cuarenta y seis

Documento firmado digitalmente

millones noventa mil ochocientos cuarenta y cuatro pesos con setenta y seis centavos ($3.246.090.844,76) a la TRM promedio del año 2020, y la suma de cuatrocientos noventa y siete millones doscientos treinta y cuatro mil doscientos cuarenta y dos pesos con ochenta y tres centavos ($497.234.242,83) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de tres mil setecientos cuarenta y tres millones trescientos veinticinco mil ochenta y siete pesos con cincuenta y ocho centavos ($3.743.325.087,58) m/cte.

Respecto del Municipio de Tumaco se señaló que la suma ascendía a treinta y seis mil ochocientos dieciséis dólares con cincuenta y cuatro centavos (USD 36.816,54) equivalentes a ciento treinta y cinco millones ochocientos noventa y nueve mil setecientos ochenta pesos con ochenta y seis centavos ($135.899.780,86) m/cte. a la TRM promedio del año 2020 y la suma de seis millones quinientos cuarenta y cinco mil ochocientos noventa y ocho pesos con cuarenta y un centavos ($6.545.898.41) m/cte., correspondientes a intereses acumulados, para un total adeudado de ciento cuarenta y dos millones cuatrocientos cuarenta y cinco mil seiscientos setenta y nueve pesos con veintisiete centavos ($142.445.679,27) m/cte.

- Oficio No. 2023080102461 del 12 de abril de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 30 de abril de 2021, reiterando lo indicado en el Memorando No. 20213080057823 del 9 de abril de 2021.

2.3.2.1.5. Pruebas aportadas por el Concesionario:

En la audiencia de presentación de descargos el Concesionario aportó las siguientes pruebas:

- Carpeta Denominada *"02CuadernoMedidasCauterlares"*
  - Archivo formato PDF denominado *"08AutoResuelveMedidaCautelar"*, el cual contiene la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Mixta de Decisión, el día 18 de diciembre de 2018, con la que se resolvió la solicitud de medida cautelar presentada por el accionante (Carlos Efraín Santacruz Moreno) en la acción popular interpuesta contra el Ministerio de Minas y Energía y Petróleos y Derivados de Colombia S.A., y en la que se decidió, entre otras cosas, decretar la medida cautelar de suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 311031 del 2017 y sus modificaciones (Resolución No. 31117 y 31524 de 2018), proferidas por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas Energía.

- Carpeta Denominada *"Acción Popular"*
  - Archivo formato PDF denominado *"Sentencia CE - Revoca medida cautelar"*, el cual contiene la providencia proferida el día 12 de diciembre de 2019 por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, en la que se decidieron los recursos de apelación interpuestos por el Ministerio de Minas y Energía y Petróleos y Derivados de Colombia S.A. contra el Auto dictado el día 18 de diciembre de 2018 por el Tribunal Administrativo de Nariño, revocando dicha decisión y en consecuencia denegando la medida cautelar solicitada por el accionante.

  - Archivo formato PDF denominado *"SENTENCIA 2018-00512 ACCION POPULAR PETRODECOL (1)",* el cual contiene la Sentencia proferida en primera instancia el día 11 de junio de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión en la acción popular presentada por Carlos Efraín Santacruz Moreno contra el Ministerio de Minas y Energía y en la que, entre otras cosas, se declaró que con la Resolución No. 311031 de 29 de diciembre de 2017, expedida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía, y todos los actos administrativos expedidos con base en esa Resolución, se violaron y amenazaron los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios y en consecuencia se ordenó el amparo de esos derechos colectivos.

  + Archivo formato PDF denominado *"61RecursoReposicionSubsidioQueja.pdf",* el cual contiene el recurso de reposición y en subsidio de queja interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía contra el Auto proferido el 8 de julio de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Primera de Decisión.

Documento firmado digitalmente

GTEC

+ Archivo formato PDF denominado *"69AutoResuelveRecursoReposicion.pdf",* el cual contiene el Auto proferido el día 12 de agosto de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño, Sala Unitaria de Decisión con el que se resolvieron los recursos interpuestos por el Ministerio de Minas y Energía, Petróleos y Derivados de Colombia S.A., el accionante (Carlos Efraín Santacruz Moreno) y el Ministerio Público contra el Auto emitido por esa Corporación judicial el 8 de julio de 2020 decidiendo, entre otras cosas, no reponer el Auto recurrido y concediendo el recurso de queja.

+ Archivo formato PDF denominado *"72RecursoReposicionSubsidioQuejaPetrodecol",* el cual contiene el recurso de reposición y en subsidio de queja interpuesto por Petróleos y Derivados de Colombia S.A. contra el Auto expedido el 12 de agosto de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

+ Archivo formato PDF denominado *"74RecursoReposicionSubsidioQuejaProcuraduria"*, el cual contiene el recurso de reposición y en subsidio de queja interpuesto por el Ministerio Público (Procuraduría Quinta (5ª) Judicial II Conciliación Administrativa Bogotá) contra el Auto expedido el 12 de agosto de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

+ Archivo formato PDF denominado *"75RecursoQuejaMinMinasyCertificaciónCorreo",* el cual contiene el recurso de queja interpuesto por el Ministerio de Minas y Energía contra el Auto expedido el 12 de agosto de 2020 por el Tribunal Administrativo de Nariño.

- Carpeta Denominada *"Resoluciones"*

- Archivo formato PDF denominado *"Resolución 311031 de 29 de diciembre de 2017"*, el cual contiene la Resolución No. 311031 del 29 de diciembre de 2017, proferida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se modifica el plan de abastecimiento y se establece un esquema especial de abastecimiento para la distribución de combustibles líquidos a las estaciones de servicio del Departamento de Nariño".*

- Archivo formato PDF denominado *"Resolución 31117 del 16 de abril de 2018 - MODIF ABASTECIMIENTO DPTO NARIÑO.pdf",* el cual contiene la Resolución No. 31117 del 16 de abril de 2018, proferida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se modifica la Resolución 31 1031 de 2017, en relación con el plan de abastecimiento y esquema especial para la distribución de combustibles líquidos en el Departamento de Nariño".*

- Archivo formato PDF denominado *"Resolución 31524 del 27 de junio de 2018",* el cual contiene la Resolución No. 31524 del 27 de junio de 2018, proferida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se modifica la Resolución 31 1031 de 2017, en relación con el plan de abastecimiento y esquema especial para la distribución de combustibles líquidos en el Departamento de Nariño".*

- Archivo formato PDF denominado *"Resolución 40827 del 6 de agosto de 2018",* el cual contiene la Resolución No. 40827 del 6 de agosto de 2018, proferida por el Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se adopta la estructura para la fijación de precios de la gasolina corriente motor, gasolina corriente oxigenada, ACPM y ACPM mezclado con biocombustible para uso en motores diésel, a distribuir en los municipios definidos como Zonas de Frontera del Departamento de Nariño".*

- Archivo formato PDF denominado *"Resolución 41013 del 05 de octubre de 2018",* el cual contiene la Resolución No. 41013 del 5 de octubre de 2018, proferida por el Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se establecen los precios de referencia de venta al público de la gasolina motor corriente oxigenada y del ACPM mezclado con biocombustible para uso en motores diésel, a distribuir en los municipios del Departamento de Nariño a partir del 6 de octubre de 2018".*

- Archivo formato PDF denominado *"Resolución 31787 del 27 de septiembre de 2017- MAYORISTA",* el cual contiene la Resolución No. 31787 del 27 de septiembre de 2017, proferida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se autoriza a PETRODECOL S.A. como distribuidor mayorista a través de la Planta de*

Documento firmado digitalmente

abastecimiento de Combustibles líquidos derivados del petróleo ubicada al interior de la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. en el municipio de Tumaco - Nariño".

- Archivo formato PDF denominado *"31380",* el cual contiene la Resolución No. 31380 del 13 de agosto de 2020, expedida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se incluye un distribuidor mayorista en el Plan de abastecimiento para la distribución de Combustibles líquidos en el Departamento de Nariño".*

- Archivo formato PDF denominado *"RESOL_31323_TransicionNarinŽo",* el cual contiene la Resolución No. 31323 del 15 de mayo de 2020, emitida por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía *"Por la cual se establece el esquema de transición con el plan de abastecimiento de combustibles del departamento de Nariño".*

- Carpeta Denominada *"Solicitud Concesión Portuaria"*
  - Archivo formato PDF denominado *"20201006160002651",* el cual contiene la solicitud de concesión portuaria del terminal marítimo de Tumaco presentada ante la ANI por Petróleos y Derivados de Colombia S.A. el 29 de abril de 2016.

- Comunicación fechada el 13 de enero de 2023 y su anexo, Oficio SDJ 79188 del 23 de diciembre de 2022, mediante el cual el INVIAS informa al Concesionario que su propuesta de acuerdo de pago de contraprestación de las anualidades 2020, 2021 y 2022 es viable y que se deben tener en cuenta algunos aspectos relacionados con el pago inicial y la garantía de la obligación.

- Oficio SDJ 7248 del 13 de febrero de 2023, mediante el cual el INVIAS informa al Concesionario que, pese a que la fianza es una garantía señalada por el Código Civil, no está contemplada por el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera del INVIAS, por lo cual el Concesionario debe tramitar otra forma de garantizar el cumplimiento del acuerdo de pago que se firmaría.

2.3.2.1.6. Prueba practicada a solicitud del Garante:

- Oficio SDJ 54990 del 13 de septiembre de 2022, Radicado ANI No. 20224091058292, mediante el que el INVIAS informa que el Concesionario presentó una solicitud para la suscripción de un acuerdo relacionado con el pago de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, respecto de las anualidades 2020, 2021 y 2022, pero que el mismo no cumplía con los requisitos establecidos en el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera del Instituto Nacional de Vías y el Estatuto Tributario, por lo cual a la fecha no existe acuerdo de pago para esas anualidades.

2.3.2.1.7. Pruebas recaudadas de oficio:

- Archivo formato Excel denominado 120213080065323_00007, el cual fue mencionado como parte de los anexos del memorando interno con radicado ANI No 20213080065323.

- Archivo formato Excel denominado 120213080065323_00008, el cual fue mencionado como parte de los anexos del memorando interno con radicado ANI No 20213080065323.

- Memorando No. 20223080105903 del 31 de agosto de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI dio contestación a la prueba decretada con el Auto No. 20227070002046. Con la prueba aquí referida se allegaron los siguientes anexos:

  - Memorando No. 20223080105603 del 30 de agosto de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI informa a la Vicepresidencia de Gestión Contractual y a la Gerencia de Proyectos Portuarios de la misma Vicepresidencia de la ANI, entre otros asuntos, la liquidación de la contraprestación adeudada por el Concesionario al INVIAS respecto de las vigencias 2020 y 2021 con corte al 31 de agosto de 2022.

  - Oficio No. 20213080183121 del 18 de junio de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al

Documento firmado digitalmente

Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 30 de junio de 2021.

En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencias 2020 y 2021 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de tres mil ochocientos sesenta y siete millones novecientos ochenta y ocho mil ciento setenta y cinco pesos con noventa centavos ($3.867.988.175,90) m/cte, y al Municipio de Tumaco a la suma de ciento cuarenta y siete millones seiscientos sesenta y cuatro mil setecientos ochenta y tres pesos con cuarenta y ocho centavos ($147.664.783,48) m/cte.

- Oficio No. 20213080220331 del 22 de julio de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 31 de julio de 2021.

  En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencias 2020 y 2021 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de tres mil novecientos veintiséis millones trescientos noventa y un mil veintiún pesos con cincuenta y nueve centavos ($3.926.391.021,59) m/cte, y al Municipio de Tumaco a la suma de ciento cincuenta millones trescientos doce mil cincuenta y ocho pesos con siete centavos ($150.312.058,07) m/cte.

- Oficio No. 20213080252511 del 19 de agosto de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte
  al 31 de agosto de 2021.

  En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencias 2020 y 2021 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de tres mil novecientos ochenta y nueve millones ochocientos veinte mil novecientos cuarenta y un pesos con cinco centavos ($3.989.820.941,05) m/cte, y al Municipio de Tumaco a la suma de ciento cincuenta y dos millones novecientos sesenta y siete mil quinientos noventa y cuatro pesos con cuarenta centavos ($152.967.594,40) m/cte.

- Oficio No. 20213080293171 del 20 de septiembre de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte
  al 30 de septiembre de 2021.

  En dicho Oficio se informó que el valor de la contraprestación y de los intereses adeudados al INVIAS por concepto de contraprestación vigencias 2020 y 2021 para esa fecha de corte, ascendían a la suma de cuatro mil cincuenta y un millones cuarenta y cinco mil quinientos noventa y nueve pesos con veintiún centavos ($4.051.045.599,21) m/cte, y al Municipio de Tumaco a la suma de ciento cincuenta y cinco millones quinientos treinta mil ochocientos cinco pesos con noventa y ocho centavos ($155.530.805,98) m/cte.

- Oficio No. 20223080154191 del 27 de mayo de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020, 2021 y 2022 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 31 de mayo de 2022.

- Oficio No. 20223080182021 del 22 de junio de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las

Documento firmado digitalmente
GTEC

vigencias 2020, 2021 y 2022 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte al 30 de junio de 2022.

- Oficio No. 20223080262051 del 29 de agosto de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI remitió al INVIAS, al Municipio de Tumaco y al Concesionario la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 adeudada por el Concesionario a esa Entidad y al Municipio de Tumaco con corte
  al 31 de agosto de 2022.

- Cuatro (4) archivos Excel, que contienen el detalle de la liquidación de la contraprestación de las vigencias 2020 y 2021 que debía pagar el Concesionario al INVIAS, al igual que el cálculo de los perjuicios causados por ese incumplimiento y el valor de la multa que habría lugar a imponer.

- Resolución No. 0091 del 29 de julio de 2022, la cual corresponde al Acuerdo de pago por concepto de contraprestación portuaria suscrito entre la Secretaría de Hacienda Distrital de Tumaco y la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A.

- Resolución No. 0127 del 19 de agosto de 2022, que corresponde al Otrosí No. 1 del Acuerdo de pago por concepto de contraprestación portuaria suscrito entre la Secretaría de Hacienda Distrital de Tumaco y la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A.

- Oficio SDJ 16029 del 21 de marzo de 2023, mediante el cual el INVIAS informa que el Concesionario presentó una solicitud para la suscripción de un acuerdo de pago de la contraprestación de las anualidades 2020, 2021 y 2022, pese a lo cual se precisa que a esa fecha no se está tramitando ningún acuerdo de pago.

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS CITADOS.

3.1. De los argumentos de defensa presentados por la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A.

El Apoderado de la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., el día 12 de enero de 2022, en la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, presentó sus descargos, que se concretan en los siguientes argumentos:

3.1.1. Presunta vulneración al debido proceso.

El Concesionario manifiesta que habría una vulneración a su derecho de defensa y contradicción, teniendo en cuenta que con la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, no se incorporaron ni remitieron todos los documentos que sí se relacionan como anexos en el informe de Supervisión que sustenta la actuación, y que aunque reconoce que el traslado que se pueda dar de esos documentos fuera de audiencia puede ser en cierta medida útil, ello no elimina el hecho que no le será posible rehacer sus descargos ni complementarlos, en tanto en el traslado simplemente se podría pronunciar sobre el documento como tal.

3.1.2. Del impacto de la acción popular frente al cumplimiento de la obligación reprochada.

El Concesionario manifiesta que el Contrato de Concesión, e incluso el mismo, ha sido fuertemente impactado por diferentes motivos que constituyen la razón por la cual no le ha sido posible dar cumplimiento a la obligación reprochada, y que también han puesto en riesgo, en ciertos eventos, el equilibrio económico de la concesión.

Lo anterior deviene del hecho que desde la base misma del Contrato se previó que la mayor cantidad de carga a movilizar por el Puerto sería de combustibles líquidos derivados del petróleo, lo cual exigía de un Plan de Abastecimiento otorgado por el Gobierno Nacional, de conformidad con lo establecido en la Ley 191 de 1995, porque la actividad se desarrollaría en una zona de frontera como lo es el Municipio de San Andrés de Tumaco, por lo cual dicho Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño fue expedido por la Dirección de Hidrocarburos del Ministerio de Minas y Energía en diciembre de 2017.

Documento firmado digitalmente

En punto del Plan de abastecimiento, el Concesionario explica que el mismo supone que en una zona de frontera sólo se pueden efectuar las actividades de almacenamiento de hidrocarburos y distribución mayorista con la autorización del Estado.

En el caso concreto, expone que el Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño expedido en diciembre de 2017 indicaba que la Sociedad Petróleos y Derivados de Colombia S.A., operadora de los activos dedicados a la infraestructura de distribución y comercialización de combustibles vinculada con el titular del Concesionario, realizaría la distribución de cuando menos el sesenta y dos por ciento (62%) de las estaciones de servicio minoristas del mencionado Departamento, lo cual se efectuaría con el combustible descargado en el Puerto concesionado.

Sin embargo, se interpuso una acción popular y como medida cautelar el 18 de diciembre de 2018 se ordenó la suspensión del Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño, decisión que fue revocada un año despúes por el Consejo de Estado, provocando que en el período comprendido entre diciembre de 2017 y diciembre de 2019 no se tuviera la oportunidad de operar los activos de la concesión para efectos de tener una solvencia económica, que permitiese atender la obligación reprochada. Esta situación permitió que el Concesionario y Sociedad Petróleos y Derivados de Colombia S.A., pudiesen atender parcialmente algunos de los mercados de distribución minorista de combustibles.

Al analizar las bases económicas del Contrato de Concesión se determina que el proyecto tiene en todo momento involucrado el almacenamiento y distribución de combustibles, por lo que los documentos aportados dan cuenta de las afectaciones que se han vivenciado desde diciembre de 2018 e incluso hasta la fecha, en lo que se refiere a la obtención de recursos de manera regular como fue previsto el proyecto de concesión.

En la actualidad, existe un fallo de primera instancia del Tribunal Administrativo de Nariño en el que se ordena suspender el Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño, decisión que ha sido apelada y es conocida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

De lo hasta aquí expresado, el Concesionario evidencia que desde el momento en que se inició la operación de la concesión, no ha sido posible operar a plenitud el proyecto con las bases económicas que se presupuestaron por el Concesionario con la aceptación de la ANI.

Seguidamente, el Concesionario afirma que conoce que la obligación que se reputa como incumplida consiste en una obligación de pagar sumas de dinero, por lo que no serían admisibles como justificación situaciones de tipo económico o inconvenientes operacionales. No obstante, refiere que en este caso ocurre algo completamente diferente en tanto los hechos en virtud de los cuales se cuestiona la operación de la planta de abastecimiento, principal activo que opera en la concesión, son atribuibles al propio Estado.

Así las cosas, concluye que la situación judicial no provocada por el Concesionario sino por hechos de terceros ha ocasionado que las proyecciones económicas de los niveles de carga a movilizar por el Puerto no se cumplan, siendo estos los principales recursos que puede obtener el Concesionario en la prestación de sus servicios y en consecuencia cumplir con los compromisos adquiridos.

3.1.3. Impactos producidos por el COVID 19.

El Concesionario hace referencia a los impactos y afectaciones que ha traído la emergencia sanitaria generada por el COVID 19, coincidiendo con las fechas señaladas en la imputación de cargos como las establecidas para el pago de la contraprestación. En el momento en que se declara la emergencia sanitaria, en marzo de 2020, se da un cese de actividades portuarias en el municipio de San Andrés de Tumaco, impidiendo la prestación de la actividad portuaria. Igualmente, las restricciones a la movilidad de vehículos particulares y de carga, así como de naves y aeronaves, impactó directamente al sector de los hidrocarburos por la ausencia absoluta de demanda de los derivados de petróleo.

Del mismo modo se pone de manifiesto que las fechas en las que se enmarca el incumplimiento total o parcial de la obligación del Concesionario correspondiente al pago de la contraprestación, coinciden no sólo con la medida de suspensión ordenada por el Tribunal Administrativo de Nariño, sino con las restricciones de movilidad adoptadas dentro de la emergencia sanitaria, impidiendo al

Documento firmado digitalmente

Concesionario desarrollar la actividad principal del puerto que le permitiera la obtención de recursos por la operación del Puerto.

3.1.4. Mesas de trabajo adelantadas con el INVIAS

El Concesionario hace referencia a las mesas de trabajo que se han venido adelantando con el INVIAS, con las cuales busca llegar a un acuerdo de pago respecto de las sumas de dinero adeudadas por el pago de la contraprestación.

3.2. De los argumentos de defensa presentados por La Equidad Seguros Organismo Cooperativo.

3.2.1. Presunta vulneración al debido proceso

El Garante inicia su argumentación planteando una violación al debido proceso por la presunta omisión de la ANI de incluir en la citación los documentos previamente señalados por el Concesionario, por lo cual solicita al Despacho que se realice la verificación de otros documentos que no hayan sido arrimados al procedimiento.

También afirma que dentro de la carpeta 3 de los anexos del oficio de citación, se evidencia que en el Oficio No. 20213080102461 de fecha 12 de abril del 2021 se hace referencia a una liquidación de deuda por contraprestación e intereses moratorios, en lo que tiene que ver con las vigencias 2020 y 2021, y enuncia como anexos un archivo en Excel de 17 hojas, pagos efectuados al Municipio en 6 folios y un oficio de 2 folios que si bien no los determina, si indica la radicación del último de ellos, documento que tampoco hace parte de los anexos que debieron ser allegados con la citación.

Por lo anterior, solicita se declare la nulidad de la citación y el traslado y que permita a los Citados conocer con tiempo todos los documentos que componen las aseveraciones que están mentadas en el acápite de hechos y que hacen parte de la citación.

La referida solicitud la fundamenta en la Sentencia C-499 de agosto de 2015, permite y hace extensivo el respeto al debido proceso, el derecho de defensa y establece que es necesario que los intervinientes conozcan antes de la presentación de sus descargos, las pruebas en las cuales se funda la actuación administrativa sancionatoria para el sano ejercicio de la defensa técnica.

En el caso concreto, el Garante resalta que dentro de los anexos de la citación se encuentra la carpeta 5 que contiene el informe de supervisión que sustenta la actuación, y dicho informe se fundamenta en otros documentos que han sido parcialmente trasladados a los Citados en la medida que, ninguno de esos oficios tiene los anexos completos y porque ese mismo informe trae los anexos incompletos, circunstancia que fue acreditada ante el Despacho.

Por ello, se concluye que se está adelantando una diligencia en la cual los Citados no han tenido la oportunidad de conocer todos los soportes empleados para la elaboración del informe de supervisión y la citación propiamente, por lo que reprocha que, si el Despacho pudo formular unos cargos con base en unos documentos y anexos, los Citados también deberían tener la posibilidad de conocer los mismos para controvertirlos e incluso solicitar la práctica de otras pruebas, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 3° de la Ley 1437 de 2011 y en el artículo 29 de la Constitución Política.

Finalmente, se precia que la nulidad que ha sido solicitada es la nulidad absoluta de que trata el último inciso del artículo 29 Constitucional.

3.2.2. De la caducidad.

El Garante plantea que al parecer algunos de los anexos del informe de supervisión dan cuenta de unas fechas de negociación y de unas deudas que datan del año 2017, por lo cual solicita considerar lo preceptuado por el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011.

3.2.3. Novación de la obligación reprochada.

El Garante manifiesta que existe una eventual novación de la obligación que en este momento se está adelantando y que se adelantó parcialmente a través de una tratativa y de un acuerdo de pago que fue llevado a cabo por las partes involucradas en meses anteriores, y que fue advertido en el

Documento firmado digitalmente

oficio de citación y un nuevo acuerdo de pago que está en mera tratativa, en el cual se tienen en cuenta varios temas como lo es la cláusula 25 del Contrato de Concesión, donde se establece una solución de conflictos pacífica, por una situación que se da no por un no pago, sino por unas alteraciones propias que se dieron por efectos de una pandemia, una acción popular y unas medidas cautelares que afectaron la operación aritmética de la concesión.

Seguidamente se señala que, al reconocerse que se trata de un contrato de concesión en donde se debían salvaguardar las condiciones inicialmente pactadas con unas garantías de operación que por distintas órdenes judiciales no han sido llevadas a cabo, son circunstancias que debieron ser contempladas tanto en el informe de supervisión como en el de citación, y bajo tal criterio la pandemia y las fluctuaciones tanto de la divisa como de los precios de los barriles de petróleo también tienen una incidencia directa en el Contrato de Concesión, y aunque se reconoce que hay una matriz de riesgos clara y expresa, no se puede desconocer que la pandemia no está contemplada en ninguna cláusula contractual y efectivamente tuvo una incidencia en los acuerdos de pago y en las obligaciones asumidas por el Concesionario.

Así mismo, manifiesta que en el eventual caso que se logre llegar a un acuerdo de pago, solicita que en virtud de la novación civil y en virtud también de la cesación de la que trata el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 se ordene el archivo y cierre de la presente actuación administrativa.

Por último, se solicita al Despacho tener en cuenta el límite máximo de responsabilidad determinado dentro del contrato de seguro, en el eventual caso de que se imponga una sanción.

IV. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

Documento firmado digitalmente

GTEC

Infraestructura, entre otras, la de *"Imponer multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos".*

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución ANI No. 20221000007275 de 3 de junio de 2022, el Presidente de la Agencia, en ejercicio de las atribuciones constitucionales y legales, en especial las previstas en el artículo 211 de la Constitución Política de Colombia, el artículo 9 de la Ley 489 de 1998, delegó *"En el Vicepresidente Jurídico y en el Gerente de Proyecto o Funcional Código G2 Grado 09 con funciones de Coordinación del Grupo Interno de Trabajo de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales, adelantar y decidir los procesos administrativos sancionatorios contractuales, declarar el incumplimiento, imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, de conformidad con el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, así como la facultad de resolver los recursos que contra ellas se impongan conforme la Ley 1437 de 2011."*

Bajo estos supuestos, en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., esta Entidad tiene la competencia, en cabeza de su presidente o de quien este delegue, en este caso, el suscrito Coordinador del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales para que, agotado el trámite previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, declare los incumplimientos contractuales, así como para imponer multas, hacer efectiva la cláusula penal, declarar un siniestro, y cuantificar e imponer perjuicios, según sea el caso.

4.2. Del problema jurídico a resolver

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

Sobre el particular el Despacho encuentra que el problema jurídico se contrae a analizar si la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. cumplió o no con la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el pago al INVIAS y al Municipio de Tumaco de la contraprestación portuaria correspondiente a las vigencias 2020 y 2021, para determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento, y en ese caso, a analizar si como consecuencia de ello, procede o no la imposición de la multa y la tasación de perjuicios.

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

4.3. Del Contrato de Concesión

En cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 01 de 1991 *"Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones",* le fue otorgada a la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. por parte de la ANI, mediante la expedición de la Resolución No. 989 del 21 de julio de 2017, una Concesión Portuaria por cumplir los requisitos exigidos por la mencionada ley y las condiciones fijadas en la Resolución No. 763 de 2015, suscribiendo así el 1 de agosto de 2017 el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, cuyo objeto consiste en "*(…) el otorgamiento al CONCESIONARIO por parte del CONCEDENTE, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la CLÁUSULA 2 BIENES CONCESIONADOS ubicados en aguas interiores de la Bahía de Tumaco en el municipio de San Andrés de Tumaco, departamento de Nariño, con el propósito de operar, mantener y administrar el terminal marítimo a cambio de una contraprestación económica a favor del CONCEDENTE en los términos descritos en la CLÁUSULA 13 -VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONSTAPRESTACIÓN de este Contrato."*

El contrato celebrado está regido por los principios generales de la contratación, como el previsto en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 el cual dispone*: "Los Contratos son Ley para las Partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser*

Documento firmado digitalmente

invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales". Al respecto, el Consejo de Estado[11] se ha pronunciado en los siguientes términos:

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

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

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

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

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

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

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

4.4. De las normas o cláusulas presuntamente incumplidas

La obligación que se reputa como presuntamente incumplida por parte del Concesionario, a partir de los hechos que fundamentaron la presente actuación, esto es, el no pago de la contraprestación

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

Documento firmado digitalmente

portuaria de las anualidades 2020 y 2021, está establecida en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión No. 002 de 2017:

"CLÁUSULA 13 VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN.

Para todos los efectos y sin perjuicio de la naturaleza variable de la fórmula de cálculo de la contraprestación, el valor de referencia del contrato de concesión equivale al valor presente neto de las contraprestaciones, que corresponde a la suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA, (US 4569.294.00), constantes de diciembre de 2016.

13.1 Contraprestación por el uso y goce temporal y exclusivo de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias de uso público

El pago de a Contraprestación Portuaria, corresponde al esquema escogido por la sociedad
PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT SA, donde se acogen a un plazo de 30 años. El siguiente es el flujo de las contraprestaciones anuales proyectadas.
(…)

PARÁGRAFO SÉPTIMO. De acuerdo con establecido en el anexo 2 del CONPES 3744 de 2013, en lo referente al Procedimiento de indexación, liquidación y recaudo; la liquidación de las se realizará de manera anticipada año a año a la Tasa Representativa –TRM- descrita en el anexo 2 del documento CONPES 3744 del 15 de abril 2013, de acuerdo a lo establecido en el artículo octavo de la resolución 5394 de 2013, expedida por el ministerio de Transporte y pagaderos dentro del primer mes de ejecución del contrato de concesión, la sociedad portuaria efectuará el pago anticipado de sus obligaciones de contraprestación (tanto del componente fijo como del variable) por la porción del año restante hasta el 31 de diciembre del periodo. Lo anterior con base en lo estipulado en el Flujo de Caja Libre que corresponda al modelo financiero definitivo a la firma del contrato. Antes de finalizar meses de febrero la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A, deberá corregir su liquidación del año anterior según el movimiento de carga real y la indexación del valor de referencia por metro cuadrado y de los cargos, así como realizar el pago anticipado del año en curso con base en lo proyectado en el Flujo de Caja Libre definitivo.
(…)

CLÁUSULA 20 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO.

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

3. Pagar la contraprestación en forma oportuna, y la Tasa de Vigilancia que para el efecto se establezca, de acuerdo con las disposiciones legales vigentes, dentro de los plazos correspondientes.
(…).".

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

5.1. Evidencia del incumplimiento contractual

Teniendo en cuenta el acervo probatorio obrante en el expediente, para el Despacho es claro que el incumplimiento obligacional endilgado al Concesionario, consistente en el no pago de la contraprestación portuaria de las anualidades 2020 y 2021 al INVIAS se encuentra demostrado a partir de las pruebas que se relacionarán a continuación. No obstante, respecto del no pago de la contraprestación portuaria de las referidas anualidades al Municipio de Tumaco, se advierte que el mismo a la fecha ya se encuentra subsanado, de acuerdo con los medios probatorios que han sido recaudados dentro de la presente actuación.

Documento firmado digitalmente
GTEC

- Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI informó a la Vicepresidencia de Gestión Contractual y a la Gerencia de Proyectos Portuarios de la misma Vicepresidencia de la ANI, el presunto incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el presunto no pago de la contraprestación portuaria. Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, señalando lo siguiente:

  "(…)

  2.1.3 La Agencia mediante oficio con radicado No. 2020-308-013958-1 del 14 de mayo de 2020, respondió al INVÍAS con copia al concesionario, sobre la liquidación de la deuda por contraprestación de febrero de 2020 que tiene la sociedad a 31 de mayo de 2020, de acuerdo con la solicitud de la señora Mary Luz Quevedo, funcionaria de Invias, realizada mediante correo del 21 de abril de 2020, donde se establece que dicha sociedad no pago ningún valor de la contraprestación a favor de Invias; en tanto que a favor del Municipio de Tumaco abona parte de la deuda dejando un saldo pendiente por pagar a favor del Municipio de Tumaco.
  (…)

  2.1.9 Mediante oficio con radicado No. 2021-308-010246-1 del 12/04/2021, se envía oficio a Invías, al Municipio de Tumaco y a la Sociedad Portuaria Tumaco Pacific Port la liquidación de la deuda por contraprestación correspondiente a las vigencias 2020 y 2021, con fecha de corte 30 de abril de 2021 que la Sociedad portuaria adeuda a favor de Invias y del Municipio de Tumaco, (…)

  A la fecha y pese a los oficios mencionados los cuales fueron enviados a la Sociedad Portuaria Tumaco Pacific Port, a la fecha la mencionada Sociedad no se ha pronunciado informando sobre pagos que haya efectuado a favor de Invias y/o del Municipio de Tumaco por la deuda por contraprestación de las vigencias 2020 y 2021.
  (…)

  Por lo anterior, a continuación, esta gerencia, realiza la estimación de la tasación de la multa por el presunto incumplimiento por el no pago de la contraprestación correspondientes a las vigencias 2020 y 2021 del contrato de concesión portuaria No. 002 de 2017, relacionando en primer lugar el capital adeudado en dólares corrientes por concepto de contraprestación así:

RESUMEN LIQUIDACIÓN CONTRAPRESTACIÓN			
CONCEPTO	**Total Nación**	**Total Municipio**	**Total Contraprestación Anual**
Deuda por Contraprestación vigencia 2020	USD 461.485,10	USD 41.317,37	**USD 502.802**
Deuda por Contraprestación vigencia 2021	USD 417.911,65	USD 35.218,44	**USD 453.130**
CONTRAPRESTACION PENDIENTE POR PAGAR VIGENCIAS 2020 Y 2021	**USD 879.396,75**	**USD 76.535,81**	**USD 955.932,56**
TOTAL PAGADO VIGENCIAS 2020 Y 202	USD -	USD 39.719,28	**USD 39.719,28**
TOTAL ADEUDADO EN USD	**USD 879.396,75**	**USD 36.816,53**	**USD 916.213,28**

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC

  (…)"

- Memorando No. 20223080105903 del 31 de agosto de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI dio contestación a la prueba decretada con el Auto No. 20227070002046, informando que el Concesionario radicó Acuerdo de pago suscrito con el Municipio de Tumaco fechado el 29 de julio de 2022 y un otrosí a dicho Acuerdo con fecha del 19 de agosto de 2022, referente al pago de las anualidades 2020, 2021 y 2022.

Documento firmado digitalmente

GTEC

Así mismo, se informó que se adjunta la liquidación de la deuda a favor del INVIAS correspondiente a las anualidades 2020 y 2021, únicamente, dado que con el Municipio de Tumaco se adelantó un Acuerdo de pago.

Finalmente, se indicó que a través del Memorando No. 20223080105603 del 30 de agosto de 2022, se actualizó la información contenida en el Memorando No. 20223080065323 del 23 de abril de 2021, respecto de la actualización del valor de la multa y de los perjuicios causados a 31 de agosto de 2022, para cada una de las anualidades 2020 y 2021 por el no pago de la contraprestación a favor del INVIAS.

- Memorando No. 20223080105603 del 30 de agosto de 2022, mediante el cual la Gerencia GIT Financiero 1 de la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la ANI informa a la Vicepresidencia de Gestión Contractual y a la Gerencia de Proyectos Portuarios de la misma Vicepresidencia de la ANI, entre otros asuntos, la liquidación de la contraprestación adeudada por el Concesionario al INVIAS respecto de las vigencias 2020 y 2021 con corte al 31 de agosto de 2022, así:

6.3 Total Anualidad 2020 y 2021

PERJUICIOS POR NO PAGO DE CONTRAPRESTACION ANUALIDAD 2020 Y 2021				
FECHA DE LIQUIDACION	POR NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACION EN USD (1)	TRM PROMEDIO AÑO AÑO ANTERIOR AL PAGO	POR NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACION EN COP$ (1)	INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO CONTRAPRESTACION (COP$)
29/08/2022	USD 879.396,75	USD 3.747,24	USD 3.295.310.680,91	1.554.877.784,98
30/08/2022	USD 879.396,75	USD 3.747,24	USD 3.295.310.680,91	1.557.474.831,57
31/08/2022	USD 879.396,75	USD 3.747,24	USD 3.295.310.680,91	1.560.071.878,15

Fuente: Hoja "PERJUICIOS", Archivo Excel: "MULTA CONTR SPTPP 2020-2021 (31-08.2022)"

- Resolución No. 0091 del 29 de julio de 2022, la cual corresponde al Acuerdo de pago por concepto de contraprestación portuaria suscrito entre la Secretaría de Hacienda Distrital de Tumaco y la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., en cuya parte considerativa se dejó plasmado lo siguiente:

"Que el contribuyente SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT SA. identificada con Nit. No. 901057588, Se compromete a pagar adeudado al Municipio de Tumaco, por el valor de TRESCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL PESOS ($306.406.000) M/L. por concepto de CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA.

Que el contribuyente SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT SA. identificada con Nit. No. 901057588 solicitó la realización de un acuerdo por la suma de TRESCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL PESOS ($306.406.000) M/L. por concepto de impuesto de CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA, (…)"

Además, en el artículo primero de la parte resolutiva se decidió:

"ARTÍCULO PRIMERO: Conceder y suscribir Acuerdo de Pago entre el Contribuyente SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT SA identificada con Nit. No. 901057588, y la secretaria de Hacienda del Distrito de Tumaco."

- Resolución No. 0127 del 19 de agosto de 2022, que corresponde al Otrosí No. 1 del Acuerdo de pago por concepto de contraprestación portuaria suscrito entre la Secretaría de Hacienda Distrital de Tumaco y la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., en cuya parte considerativa se planteó:

"Que, a la emisión del mencionado Acuerdo de Pago, se cometió error aritmético, debido a que el valor total no es la suma de TRESCENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL PESOS (S306.406.000) MIL, sino, la suma de

Documento firmado digitalmente

TRESCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($306.406.297) M/L, evidenciando una diferencia de DOSCIENTOS NOVENTA YSIETE PESOS ($297) M/L. Así mismo se liquidaron los intereses de mora correspondientes a la fecha de emisión del Acuerdo.

Que, realizada la liquidación de la deuda cargo de la Sociedad Portuaria Regional Turnaco Pacific s.a. identificada con Nit. No. 901057588 por valor de TRESCIENTOS SEIS MILLONES CUATROCIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE PESOS ($306.406.297) M/L y a favor del distrito de Tumaco, encontramos que los intereses correspondientes ascienden a un total de SESENTA Y CNCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS NOVENTA Y CINCO PESOS ($65.758.595) M/L.

Que, sumados los valores correspondientes a los intereses y a la diferencia del capital, se debe realizar corrección aritmética al acuerdo de pago realizado mediante resolución No. 0091 del día 29 de julio del año 2022, añadiendo la suma por valor de SESENTA Y CINCO MILLONES SETECIENTOS CIENTO Y OCHO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($5.758.892) M/L.

Que, lo anterior indica que la suma total adeuda a cargo de la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port s.a. identificada con Nit. No. 901057588, es por valor de TRECIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS PESOS ($372.164.892) M/L."

- Oficio SDJ 54990 del 13 de septiembre de 2022, Radicado ANI No. 20224091058292, mediante el que el INVIAS informa:

  "1.- La SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A., presentó solicitud para la suscripción de acuerdo de pago, relacionado con las anualidades 2020, 2021 y 2022 derivados del Contrato No. 002 de 2017, pero no cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera del Instituto Nacional de Vías y el Estatuto Tributario, respuesta que se dio a conocer a la citada sociedad a través de oficio SDJ 54084 del 09 de septiembre de 2022.

  2.- A la fecha no existe un ACUERDO DE PAGO suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A., relacionado con el Contrato No. 002 de 2017, anualidades 2020 y 2021."

- Oficio SDJ 16029 del 21 de marzo de 2023, mediante el cual el INVIAS informa lo siguiente:

  "1. ¿Cuál es el estado en que se encuentra el trámite del "segundo acuerdo de pago, en virtud del contrato de concesión 002 de 2017 anualidades 2020, 2021 y 2022" al que se hace referencia en el Oficio SDJ 7248 del 13 de febrero de 2023?

  Respuesta: Si bien es cierto la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A. con NIT. 901057588-2, desde el 12 abril de 2022, presentó solicitud para suscripción de un acuerdo de pago en virtud de las anualidades 2020, 2021 y 2022, a la fecha no se está tramitando ningún acuerdo de pago, respecto a dichas anualidades, en virtud del contrato No. 002 de 2017, toda vez que todo se queda en cruce de correspondencia y la citada sociedad no cumple con los requisitos establecidos en el Reglamento de Recaudo de Cartera del Instituto Nacional de Vías y el Estatuto Tributario (…)"

Con base en lo anterior, se concluye que la presente actuación administrativa se archivará en lo concerniente al no pago de la contraprestación portuaria de las anualidades 2020 y 2021 al Municipio de Tumaco, toda vez que dicho incumplimiento a la fecha se encuentra subsanado, y así se dejará plasmado en la parte resolutiva de este acto. No obstante, la actuación continuará respecto del incumplimiento del no pago de la contraprestación portuaria de las referidas anualidades al INVIAS, en la medida que se ha acreditado la existencia de este y que no ha sido superado.

5.2. Análisis de los descargos

Documento firmado digitalmente

5.2.1. Análisis de los Descargos de la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A.

5.2.1.1. <u>De la Presunta vulneración al debido proceso.</u>

Este primer argumento fue propuesto tanto por el Concesionario como por el Garante, razón por la cual se procederá a efectuar su análisis de manera conjunta, así:

Inicialmente, para este Despacho se hace necesario puntualizar que, a diferencia del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo -CCA), en el cual se establecía la posibilidad de sanear las nulidades[12], la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA) reemplazó dicha posibilidad por la de corregir las irregularidades que se presenten dentro del desarrollo de las actuaciones administrativas. Significa lo anterior que, en el procedimiento administrativo, tanto el general como el sancionatorio, incluido el contractual, las nulidades se reemplazaron por las irregularidades.

Precisamente, el CPACA introdujo en el artículo 41 la forma en que las autoridades administrativas deben sanear las irregularidades que se presenten en las actuaciones surtidas por ellas, así:

> *"**Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa**. La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla."*

De igual manera, la citada norma determinó en el numeral 11 del artículo 3 lo siguiente:

> *"**Artículo 3. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*
>
> *Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*
> *(…)*
>
> *11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa."*

Ahora bien, el hecho de que la Administración pueda corregir irregularidades en lugar de sanear nulidades tiene varios efectos prácticos muy importantes, en punto a la celeridad y menor rigurosidad de que están investidas las actuaciones administrativas, en comparación con las judiciales. Entre esos efectos se deben destacar los siguientes:

- <u>Las irregularidades no son taxativas</u>.

Esto permite a la autoridad administrativa no estar sujeta a las causales de nulidad que, como se sabe, son taxativas y, en consecuencia, puede corregir cualquier situación irregular que se presente en la actuación, tomando las medidas necesarias para enderezarla, sin la restricción que imponía la nulidad en cuanto a que la situación existente debía encontrarse tipificada en una de las respectivas causales.

[12] El CCA en su artículo 3 establecía: *"En virtud del principio de eficacia se tendrá en cuenta que los procedimientos deben lograr su finalidad, removiendo de oficio los obstáculos puramente formales y evitando decisiones inhibitorias. Las nulidades que resulten de vicios de procedimiento podrán sanearse en cualquier tiempo de oficio o a petición del interesado"*.

Documento firmado digitalmente

- La decisión sobre las irregularidades no admite recurso.

Mientras la decisión sobre una nulidad bien sea negarla o decretarla, es un acto susceptible de los recursos de reposición y apelación[13], el auto que resuelve sobre las irregularidades no está sujeto a recurso. Esto es así, por cuanto el procedimiento administrativo prevé los recursos únicamente cuando se trata de decisiones definitivas[14], es decir, las que resuelven sobre el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la misma; por lo cual no proceden recursos contra la decisión de rechazar una solicitud de corrección de irregularidad y tampoco contra la decisión de corregir una irregularidad.

- El trámite de las solicitudes de corrección de irregularidades no es tan formal como el de las nulidades.

Tal como lo dispone el artículo 41 del CPACA, ya transcrito, la autoridad administrativa debe corregir las irregularidades que se presenten en la actuación, pero podrá hacerlo en cualquier momento, siempre que sea anterior a la expedición del acto que resuelva la actuación y, además, para esa corrección podrá adoptar las medidas que considere necesarias.

Lo anterior significa que, a diferencia del trámite de las nulidades, el cual es reglado en tanto requiere tramitarse mediante incidente y también resolverse dentro de la misma etapa procesal en que ocurre, las irregularidades pueden atenderse en cualquier momento, se reitera, anterior a la expedición del acto que resuelva la actuación y sin necesidad de Incidente, pudiendo la autoridad tomar todas las medidas que considere necesarias para corregir la irregularidad que se advierta.

Con base en lo expuesto, el Despacho debe reiterar lo expresado en la audiencia llevada a cabo el día 12 de enero de 2022, en cuanto a que en la presente actuación no se advierte la configuración de ninguna irregularidad relacionada con los anexos que acompañan la citación, teniendo en cuenta que el Oficio No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021, por medio del cual se citó al Concesionario y al Garante a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, fue acompañado de todos los soportes que fundamentaron la elaboración del mismo, tanto así que en punto de los soportes que se echaron de menos por los Citados, se advirtió que estos no habían sido considerados por este Despacho como parte de los anexos de la citación, tal y como se observa de lo indicado en la carpeta 5 del numeral 9 del aludido Oficio, en el que se señaló:

"9. ANEXOS

(…)

Carpeta No. 5: Del informe de Interventoría y/o la solicitud de la Supervisión

- *Memorando No. 2021-308-006532-3 del 23 de abril de 2021"*

De lo anterior se evidencia que, como ya se ha indicado, en la citación no se incorporaron los anexos del Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021, razón por la cual este Despacho no se encontraba obligado a trasladar tales anexos con la citación, en tanto los mismos no fueron considerados para la elaboración del correspondiente Oficio y por ende no se advierte la existencia de ninguna vulneración al derecho al debido proceso de los Citados, puntualmente a los derechos de defensa y contradicción.

Respecto de los aludidos derechos resulta oportuno traer a colación lo que la Corte Constitucional ha explicado sobre estos, así:

> *"En relación con el plexo de garantías que involucra el ejercicio del derecho de defensa, en el contexto de un sistema acusatorio, la corporación ha sentado las siguientes reglas: (i) ni en la Constitución ni en los tratados internacionales de derechos humanos se ha establecido un límite temporal para el ejercicio del derecho de defensa; (ii) el derecho de defensa es general y universal, y en ese contexto no es restringible al menos desde el punto de vista temporal; (iii) el ejercicio del derecho de defensa surge desde que se tiene conocimiento que cursa un proceso en contra de una persona y solo culmina cuando finalice dicho proceso; (iv) el derecho de*

[13] En el proceso contencioso administrativo, las nulidades que se rechacen son susceptibles del recurso de reposición, y las que se decreten del de apelación (artículos 242 y 243 del CPACA).
[14] Artículo 74 de la Ley 1437 de 2011.

Documento firmado digitalmente
GTEC

defensa, como derecho fundamental constitucional, es un derecho que prima facie puede ser ejercido directamente por un procesado al interior de un proceso penal; (v) el procesado puede hacer valer por sí mismo sus argumentos y razones dentro de un proceso judicial; (vi) el derecho de defensa se empieza a ejercer desde el momento mismo que se inicia la investigación; (vii) constituye una de las principales garantías del debido proceso, y representa la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga; y (viii) la importancia del derecho de defensa, en el contexto de las garantías procesales, radica en que con su ejercicio se busca impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado; (ix) en el contexto de los procesos penales, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria adquiere carácter fundamental, por lo que el Estado tiene la obligación de garantizar su efectividad de tal derecho."[15] *(Subrayas del Despacho)*

"4.1.5.1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el derecho de contradicción implica dos fenómenos diferentes, por un lado, la posibilidad de oponerse a las pruebas presentadas en su contra y, de otro lado, la facultad de la contradicción conlleva a un ejercicio legítimo de defensa directa, dirigido a que los argumentos o alegatos propios sean oídos en el proceso"[16]

De los apartes jurisprudenciales previamente transcritos se concluye que, los derechos de defensa y contradicción comprenden las garantías del investigado de hacer valer las propias razones y controvertir las pruebas allegadas en su contra y solicitar la práctica de otras, en aras de impedir la arbitrariedad de la administración mediante la búsqueda de la verdad con la activa participación del investigado.

En el caso concreto, este Despacho pone de presente que no ha existido ninguna vulneración a esos derechos, máxime cuando en últimas el informe de supervisión fue dado a conocer a los Convocados con la remisión del Oficio de citación y en el mismo se señaló claramente la existencia del presunto incumplimiento por parte del Concesionario por el no pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021, indicando los valores adeudados para el momento de la elaboración de dicho informe en los siguientes términos:

RESUMEN LIQUIDACIÓN CONTRAPRESTACIÓN			
CONCEPTO	**Total Nación**	**Total Municipio**	**Total Contraprestación Anual**
Deuda por Contraprestación vigencia 2020	USD 461.485,10	USD 41.317,37	**USD 502.802**
Deuda por Contraprestación vigencia 2021	USD 417.911,65	USD 35.218,44	**USD 453.130**
CONTRAPRESTACION PENDIENTE POR PAGAR VIGENCIAS 2020 Y 2021	**USD 879.396,75**	**USD 76.535,81**	**USD 955.932,56**
TOTAL PAGADO VIGENCIAS 2020 Y 202	USD -	USD 39.719,28	**USD 39.719,28**
TOTAL ADEUDADO EN USD	**USD 879.396,75**	**USD 36.816,53**	**USD 916.213,28**

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 – VGC

Aunado a ello se debe señalar que, la relevancia del citado informe se encuentra en que el mismo acredita el presunto no pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 por parte del Concesionario, prueba que en el ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción fue controvertida por los Citados, entre otras pruebas, con la solicitud de oficiar al INVIAS y al Municipio de Tumaco para que informaran si se encontraban adelantando algún tipo de negociación o actividad tendiente a la celebración de acuerdos de pago con la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A derivados del Contrato de Concesión No. 002 de 2017 correspondiente a

[15] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 371 del 11 de mayo de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva
[16] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 544 del 21 de agosto de 2015. M.P. Mauricio Gonzalez Cuervo.

Documento firmado digitalmente

GTEC

las vigencias 2020 y 2021, y si habían celebrado acuerdo de pago con la aludida Sociedad respecto del pago de la contraprestación referida.

Adicionalmente es importante señalar que, por solicitud de los Convocados, y como lo manifestó este Despacho en audiencia, mediante el Auto No. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022 se ordenó la incorporación de los archivos excel que fueron relacionados como anexos en el informe de supervisión rendido a través del Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021 y se dio el traslado de tales documentos por el término de tres (3) días hábiles. No obstante, el Concesionario y el Garante guardaron silencio y no descorrieron dicho traslado.

Valga anotar que, los mencionados archivos excel simplemente contienen los datos y los cálculos que se tuvieron en cuenta para determinar el valor de la contraprestación que se adeuda por parte del Concesionario, quién en últimas es quien realiza la liquidación de tales valores como se evidencia en los Oficios Nos. 20203080027181 del 31 de enero de 2020 y 20213080041121 del 15 de febrero de 2021, y respecto de lo cual no se pronunció dentro de la presente actuación.

De igual manera, es oportuno señalar que con el Auto No. 20227070002596 del 21 de octubre de 2022 se ordenó la incorporación, entre otros documentos, del Memorando No. 20223080105603 del 30 de agosto 2022 mediante el cual se actualizó la información contenida en el informe de supervisión, es decir el Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021, y se dio el traslado de dicho Memorando junto con otros archivos, entre ellos algunos excel que contienen la información referida a la liquidación del valor de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 para ese momento. Es importante resaltar que, nuevamente, se ordenó el traslado de esos documentos y tanto el Concesionario como el Garante guardaron silencio frente a estas pruebas.

De lo hasta aquí expuesto, este Despacho concluye que no ha existido vulneración alguna al derecho al debido proceso de los Convocados, puntualmente del derecho de defensa y contradicción, en la medida que, como se ha expresado con la Citación fueron remitidos todos los documentos que fueron incorporados a la actuación con ese documento, razón por la cual los Citados contaron desde el inicio de la presente actuación con la oportunidad de controvertir tales pruebas, así como de conocer todos los hechos y documentos que fueron tenidos en cuenta para el inicio de este procedimiento sancionatorio contractual.

Del mismo modo, los Convocados tuvieron la oportunidad de pronunciarse sobre los diferentes documentos que han sido incorporados a la actuación; sin embargo, ha sido su decisión abstenerse de descorrer los respectivos traslados.

Así las cosas, se advierte que en la presente actuación no se ha configurado ninguna irregularidad y, por ende, no hay lugar a tomar ninguna medida para su corrección.

En cuanto a la precisión que la solicitud de nulidad planteada por el Garante está referida a la nulidad absoluta de que trata el último inciso del artículo 29 Constitucional, en el que se preceptúa que *"Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.",* este Despacho para abordar el análisis de este planteamiento considera necesario recordar lo que la Corte Constitucional ha dicho al respecto en los siguientes términos:

> *"Ahora bien, la Corte en la sentencia SU-159 de 2002 abordó el análisis y desarrollo del inciso último del artículo 29 de la Constitución Política, y estableció que la sanción contenida en él permite aplicar la regla general constitucional de exclusión de las pruebas, teniendo en cuenta para ello, las siguientes consideraciones:*
>
> > *"En primer lugar, es importante examinar si se trata de una irregularidad menor que no afecta el debido proceso. En ese evento la prueba no tiene que ser obligatoriamente excluida. Según esta consideración, se está ante una ilegalidad que compromete el debido proceso, bien sea cuando se han afectado las reglas sustantivas que protegen la integridad del sistema judicial o que buscan impedir que se tomen decisiones arbitrarias o bien sea cuando han sido desconocidas formalidades esenciales que aseguran la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad real dentro del proceso. El mandato constitucional de exclusión cobija a las pruebas obtenidas de manera inconstitucional o con violación de reglas legales que por su importancia tornan a una prueba en ilícita.*

Documento firmado digitalmente

GTEC

En segundo lugar, es necesario considerar el alcance del concepto de debido proceso al cual alude la norma constitucional, esto es, si se refiere exclusivamente a las reglas procesales o si también incluye las que regulan la limitación de cualquier derecho fundamental, como la intimidad, el secreto profesional y la libertad de conciencia. En Colombia, se ha dicho que el concepto de debido proceso es sustancial, esto es, comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas y las protegen de la arbitrariedad de las autoridades, tanto en el desarrollo de un proceso judicial o administrativo como, además, frente a cualquier actuación que implique la afectación de derechos constitucionales fundamentales.

En tercer lugar, es necesario tener en cuenta que el derecho penal en un Estado social de derecho, también busca un adecuado funcionamiento de la justicia y, obviamente, no funciona bien la justicia que conduce a la impunidad o a un fallo arbitrario, es decir, que carece de la virtud de garantizar efectivamente los derechos, principios y fines constitucionales desarrollados por la legislación penal. Por ello, la decisión de excluir una prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y derecho de defensa, sino, además, en el goce efectivo de otros derechos constitucionales tales como la vida, la integridad y la libertad, protegidos por el legislador mediante la sanción de quienes violen el Código Penal.

En cuarto lugar, el mandato constitucional de exclusión de las pruebas obtenidas con violación del debido proceso exige que el funcionario judicial de manera expresa determine que la prueba viciada no puede continuar formando parte del expediente. Si bien la carta señala que dicha prueba es 'nula de pleno derecho', de los antecedentes en la Asamblea Constituyente y de la finalidad de la norma constitucional, se infiere que los derechos y principios constitucionales son efectivamente garantizados cuando hay una decisión explícita de exclusión que ofrezca certeza sobre las pruebas que no podrán usarse en el proceso y que no pueden ser fundamento ni de la acusación ni de la sentencia. La exclusión de la prueba viciada exige que esta no forme parte de la convicción, de tal manera que el funcionario no puede considerarla. Las cuestiones relativas a la manera como debe realizarse desde el punto de vista material la exclusión de la prueba viciada, al instrumento procesal para exigir su exclusión y a la situación del funcionario judicial que haya mantenido la prueba viciada, así como otras sobre esta materia, se encuentran dentro del ámbito de la potestad de configuración del legislador. Cuando este decida ejercerla en el futuro, habrá de hacerlo obviamente de conformidad con la Constitución."[17] *(Subrayas del Despacho)*

Del aparte jurisprudencial transcrito se puede advertir que, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política tiene como finalidad impedir la adopción de decisiones arbitrarias de la administración por el desconocimiento de las formalidades esenciales que afectan la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad dentro del proceso o procedimiento.

En el caso bajo estudio el Garante manifiesta que el informe de la Supervisión con base en el cual se dio inicio a este procedimiento está viciado de nulidad toda vez que, con el mismo no se remitió a los Convocados los anexos enunciados en él.

Sobre este punto, el Despacho insiste que la presente actuación solamente tuvo en cuenta lo consignado en dicho informe sin considerar los anexos anunciados en el mismo, motivo por el cual los anexos no fueron incorporados ni trasladados con la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Además, por solicitud de los Citados los archivos excel enunciados en el informe de supervisión fueron incorporados y trasladados a través del Auto No. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022, pese a lo cual ninguno de los Convocados se pronunció sobre los mismos.

Por lo hasta aquí expuesto, este Despacho no observa que el informe de supervisión deba ser excluido del acervo probatorio en tanto con el mismo no se está vulnerando el derecho al debido proceso del Concesionario ni del Garante, e incluso es importante anotar que si bien es una de las

[17] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 164 del 3 de mayo de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

Documento firmado digitalmente

pruebas con las que se fundamentó este procedimiento en cumplimiento de lo preceptuado en el literal a) del artículo 86 *ibidem*, no es la única prueba que obra en el expediente y que acredita el incumplimiento imputado al Contratista.

Por las razones expresadas el argumento analizado no prospera.

5.2.1.2. <u>Del impacto de la acción popular frente al cumplimiento de la obligación reprochada.</u>

Para abordar el análisis de este argumento el Despacho considera necesario recordar la obligatoriedad del cumplimiento de lo pactado por la ANI y el Concesionario en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, siendo ello no solo un deber moral sino legal, conforme a lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, así:

> "*LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*".

Entonces, teniendo en cuenta la connotación y el alcance del acuerdo de voluntades, debe entenderse que su observancia no puede obedecer a la discrecionalidad de alguna de las partes, ni su ejecución verse afectada por criterios ajenos al común acuerdo con el que se estructuró dicho negocio jurídico, siendo el incumplimiento un acto jurídico que puede conllevar por sí solo, consecuencias negativas en derecho. Al respecto, el Honorable Consejo de Estado a través de su Sentencia con radicado 23001-23-31-000-1997-08763-01(17552) de fecha 22 de julio de 2009, expresó que:

> *"(…) Los contratos estatales se celebran para ser cumplidos y por tanto, las prestaciones acordadas por las partes deben ser cumplidas de forma íntegra, efectiva y oportuna, "de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato).*
>
> (…)
>
> *El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia 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 perfecta consonancia, 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* (…)".

Con base en lo planteado previamente se advierte que el Concesionario está obligado al cabal cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, entre ellas la que es objeto de reproche en esta actuación, es decir el pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021.

No obstante, con el argumento estudiado el Concesionario pretende justificar su incumplimiento en el pago de la contraprestación al INVIAS para las anualidades 2020 y 2021, por la suspensión del Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño, ordenada dentro del trámite de la acción popular interpuesta contra el Ministerio de Minas y Energía, que fue la Entidad que expidió dicho Plan a través de la Resolución No. 311031 del 29 de diciembre de 2017.

A este respecto es importante anotar que, al verificar las piezas procesales de la acción popular interpuesta por el señor Carlos Efraín Santacruz Moreno contra el Ministerio de Minas y Energía que obran en el expediente, se observó que dentro de dicha acción no se hizo parte la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., de quien se reprocha el cumplimiento de la obligación consistente en el pago de la contraprestación al INVIAS correspondiente a las anualidades 2020 y

Documento firmado digitalmente
GTEC

2021, en tanto se entiende que en ningún momento tal acción ha entorpecido el giro normal del funcionamiento del Concesionario.

Aunado a ello, es importante señalar que la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., en su condición de Investigado en la presente actuación, es una persona diferente a Derivados y Petróleos de Colombia S.A., razón por la cual para efectos de este procedimiento lo decidido en la aludida acción popular no debe tener incidencia dentro de este procedimiento, pues en últimas lo allí decidido afecta es a la empresa Derivados y Petróleos de Colombia S.A., quien se insiste es una persona diferente del Concesionario.

Lo anterior, se evidencia de la identificación y objeto social que cada una de ellas detenta, mientras la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. está identificada con el NIT 901057588-2 y tiene como objeto *"1. La inversión, construcción y mantenimiento de muelles y puertos públicos o privados, su administración y operación, y el desarrollo y explotación de muelles y puertos multipropósito conforme a la ley. 2.Actuar como operador portuario en actividades de cargue y descargue, amarre, desamarre, permanencia de los buques o artefactos navales en muelle o puerto, almacenamiento de muelles o puertos y demás servicios directamente relacionados con la actividad portaría y permitir la prestación de servicios por parte de otros operadores portuarios."*[18], la Sociedad Derivados y Petróleos de Colombia S.A. está identificada con el NIT 900135202-6 y tiene por objeto entre otras actividades las de *"1) La distribución mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, a través de plantas de abastecimiento propias o de otros distribuidores mayoristas autorizados, a otros distribuidores mayoristas, a los distribuidores minoristas o al gran consumidor de conformidad con lo previsto en la Ley y sus reglamentos, 2) El almacenamiento de combustibles líquidos derivados del petróleo de propiedad de terceros, 3) La construcción y explotación comercial, arrendamiento de plantas de abastecimiento de combustible y estaciones de servicios para derivados del petróleo y de productos petroquímicos (…)"*[19]

Tan es así que, pese a que desde diciembre de 2018 se ordenó como medida cautelar en la referida acción popular la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 311031 del 29 de diciembre de 2017, a través de la cual se ordenó incluir a Derivados y Petróleos de Colombia S.A. en el Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño como distribuidor mayorista en el primer orden de prelación, el Concesionario, de acuerdo al material probatorio obrante en el expediente, no solicitó ninguna modificación ni medida a ser adoptada en la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, de cara al cumplimiento de sus obligaciones, especialmente de la que es objeto de reproche en este procedimiento sancionatorio.

Igualmente, es importante anotar que, aunque de acuerdo a las pruebas que obran en el expediente se advierte que fue Derivados y Petróleos de Colombia S.A. quien adelantó la solicitud de concesión para ocupar en forma temporal y exclusiva por un período de treinta (30) años la infraestructura de la Nación ubicada sobre zonas de uso público en el Municipio de Tumaco, para la operación de un muelle de servicio público, lo hizo en favor de la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., la cual como ya se anotó es, en últimas, una persona jurídica distinta.

De igual manera, en cuanto a que las bases económicas del Contrato de Concesión tienen en todo momento involucrado el almacenamiento y distribución de combustibles, por lo que los documentos aportados dan cuenta de las afectaciones que se han vivenciado desde diciembre de 2018 e incluso hasta la fecha, en lo que se refiere a la obtención de recursos de manera regular como fue previsto el proyecto de concesión, el Despacho observa que de conformidad con lo consignado en la Resolución No. 989 de 21 de julio de 2017, *"Por la cual se otorga una concesión a la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A."*, las proyecciones de carga movilizadas eran las siguientes:

[18] Según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Tumaco el 23 de diciembre de 2021.
[19] Según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Cali el 27 de abril de 2016.

Documento firmado digitalmente
GTEC

PROYECCIONES DE CARGAS Y CARGO. *Las proyecciones de cargas movilizadas estimadas representan un promedio anual:*

Carga	Carga promedio	Cargo
Hidrocarburos (t)	159.981	0,16
Granel Líquido (t)	31.441	0,30
Granel Sólido (t)	26.077	0,45
Carga General (t)	13.798	0,56

De lo anterior, se advierte que en efecto la carga que se pretendía movilizar en mayor medida era la de hidrocarburos, sin embargo, la carga movilizada en los años 2019 y 2020, con base en la cual se liquidó la contraprestación de los años 2020 y 2021, fue la siguiente, de conformidad en lo plasmado en el Oficio No. 20213080102461 del 12 de abril de 2021:

2. Certificación de carga

De conformidad con las revisiones de carga se tiene la siguiente situación para los años 2019 y 2020:

Descripción	2019 (SuperTransporte) (Ton)	2019 (Concesionario) (Ton)	Diferencia Año 2019* (Ton)	2020 (Concesionario y Supertranporte) (Ton)
Carga General suelta				21.000,00
Granel Liquido	17.830,61	17.830,61	0	26.376,34
Granel Sólido	31.388,75	31.388,75	0	
Hidrocarburos	65.611,54	18.149,87	47.061,87	20.668,96

NOTA: *Pendiente conciliación de carga de hidrocarburos. De acuerdo con Acta del 24 de febrero de 2020, el Concesionario informó que la diferencia de la cantidad de carga de hidrocarburos del año 2019 reportada por la Superintendencia de Transporte se debe a que se reportó de forma errada las toneladas, se encuentra en conciliación.

Fuente: Cargas tenidas en cuenta liquidación contraprestación

Hasta que se realice la conciliación de esta carga, se mantendrá la cifra de carga que ha sido certificada por la Superintendencia de Transporte.

De la información referida previamente se evidencia que en efecto existió una carga movilizada de hidrocarburos mucho menor a la proyectada, pese a ello es pertinente analizar si la situación de variación en la carga fue prevista dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, siendo necesario entonces partir de los conceptos generales de los riesgos en materia contractual. Para tal efecto, el Decreto 1082 de 2015 en su artículo 2.2.1.1.1.3.1., define el riesgo como un "*Evento que puede generar efectos adversos y de distinta magnitud en el logro de los objetivos del Proceso de Contratación o en la ejecución de un Contrato*".

Al respecto, el Honorable Consejo de Estado en Sentencia con radicado 25000-23-36-000-2013-01717-01 (54614) del 8 de febrero de 2017, dispuso que:

> *"(…) De ésta forma y teniendo en cuenta que la estimación, tipificación y asignación de los riegos previsibles se realiza de manera conjunta entre la administración y el contratista, se entiende que previamente a celebrar el contrato las partes ya tienen claro cuáles son los riesgos o contingencias que se pueden presentar en la ejecución del objeto contratado, cuál es su impacto y quien debe asumirlos y porque, evitando de esta manera que se presenten reclamaciones posteriores a la ejecución del contrato sobre puntos sobre los cuales las partes ya habían llegado a un acuerdo previamente a su celebración."*

En el caso concreto, se observa que en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, particularmente en su cláusula diecisiete, se establecieron y asignaron los diferentes tipos de riesgos, los cuales se desprenden de la ejecución del objeto contractual y de la actividad económica ejercida por el Concesionario, así:

"CLÁUSULA 17. DISTRIBUCIÓN DE RIESGOS

17.1 Riesgos que asume el concesionario

A partir de la fecha de suscripción del Contrato, el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación, además de aquellos que se desprendan de otras cláusulas o estipulaciones de este Contrato, y sus Anexos o que se deriven de la naturaleza de este Contrato. No Obstante, lo anterior, el CONCESIONARIO asume el riesgo del estado en que se encuentran las zonas de uso

Documento firmado digitalmente

público concesionadas y los bienes muebles e inmuebles que lo conforman, sin que pueda alegar su alteración o detrimento por eventos causados con anterioridad a la suscripción del contrato.

Por lo tanto, no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el CONCESIONARIO y consecuentemente el CONCEDENTE no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al CONCESIONARIO, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el presente contrato.

a. Los efectos favorables y desfavorables que el comportamiento de la demanda de los servicios portuarios, incluyendo el pago oportuno o no, total o parcial, de los operadores o usuarios portuarios, sin que operen reconocimientos, garantías o compensaciones por parte del CONCEDENTE a favor del CONCESIONARIO como consecuencia del retardo o falta de pago por parte de los operadores o usuarios portuarios.
(…)

j. Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en la rentabilidad del mercado y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas.
(…)

n. En general, los efectos, favorables o desfavorables, de las variaciones de los componentes económicos y técnicos necesarios para cumplir con las obligaciones por parte del CONCESIONARIO necesarias para la cabal ejecución de este Contrato, relacionadas con la consecución de la financiación, la elaboración de sus propios estudios y diseños, la contratación de personal, las labores administrativas, los procedimientos constructivos utilizados, los equipos y materiales requeridos, las obligaciones contenidas en licencia Ambiental, las condiciones macroeconómicas del país, y el marco político y jurídico de Colombia, entre otros." (Subrayado del Despacho).

Los riesgos transcritos en precedencia fueron asumidos contractualmente por el Concesionario, y encajan con lo referido por el Concesionario como afectaciones en la ejecución del Contrato, relacionadas con la disminución de la carga de hidrocarburos, la cual, si bien se presentó en los años 2019 y 2020 produciendo efectos adversos para el Concesionario, la misma no puede ser invocada como justificación para el incumplimiento de su obligación de pago de la contraprestación, puesto que estos fueron eventos previstos, y por ende, el Concesionario tiene el deber jurídico de soportarlos sin que ello interfiriera en el cabal cumplimiento de las obligaciones contraídas.

En suma, para este Despacho no es admisible lo aquí esbozado por el Concesionario como justificación del incumplimiento de su obligación de pago de la contraprestación de los años 2020 y 2021, omitiendo respuesta a los requerimientos que la ANI[20] le efectuara al Concesionario para que acreditase el pago de las respectivas anualidades, por lo que dicho comportamiento es digno de reproche, al ser violatorio del principio de la buena fe contractual.

En este sentido, el Honorable Consejo de Estado en sentencia con radicado 19001-23-31-000-2007-00147-01 (41.783) del 24 de agosto de 2016, dispuso lo siguiente:

"De manera que el principio de la buena fe contractual es de carácter objetivo e impone, fundamentalmente, a las partes respetar en su esencia lo pactado, cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, perseverar la ejecución de lo convenido, observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende, en buena medida, de la lealtad y corrección de la conducta propia.

[20] Oficios con radicado ANI Nos. 20203080326081 del 27 de octubre de 2020, 2020-308-037475-1 del 04 de diciembre de 2020, 2021-308-010246-1 del 12 de abril de 2021, tal y como se indica en el Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021.

Documento firmado digitalmente

> *Es por ello que, además, ante la inconformidad con el clausulado contractual o en presencia de un incumplimiento o alteración del equilibrio económico del contrato, la parte afectada está en la obligación de informar inmediatamente tales circunstancias a su cocontratante, en atención al principio de la buena fe y a la regla de oportunidad que no permiten que una de las partes, en el momento en que espera el cumplimiento de la obligación debida, sea sorprendida por su contratista con circunstancias que no alegó en el tiempo adecuado, de manera que cualquier reclamación o pretensión ulterior es extemporánea, improcedente e impróspera por vulnerar el principio de la buena fe contractual".*

En ese orden de ideas, este Despacho no encuentra que las afectaciones alegadas por el Concesionario sean una situación que justifique el incumplimiento de la obligación reprochada, teniendo en cuenta que la disminución de la carga y la variación en la rentabilidad del mercado y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas estaban previstas dentro del referido negocio jurídico en los riesgos estimados y asignados al Concesionario desde la celebración del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017.

De otra parte, en lo que concierne a que el Concesionario y el Contrato de Concesión han sido fuertemente impactados por los hechos ya referidos, poniendo en ciertos eventos en peligro el equilibrio económico del Contrato, el Despacho debe recordar que el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) preceptúa que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.".* Sin embargo, en el presente caso el Concesionario no aportó prueba alguna de la existencia del supuesto desequilibrio económico del Contrato, por lo que su argumento no es más que una mera afirmación sin sustento probatorio.

Al respecto, vale la pena traer a colación un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con la carga de la prueba, en la que se planteó:

> *"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan"*[21]

En lo que concierne al supuesto rompimiento del equilibrio contractual, este Despacho debe igualmente indicar que en el expediente no obra prueba alguna que dé cuenta del mismo y, aunque la hubiera, es importante señalar que ello no justifica el incumplimiento de las obligaciones del contratista. Para sustentar el anterior planteamiento, es oportuno traer al debate lo que la jurisprudencia ha indicado sobre lo que implica el desequilibrio económico del contrato y las consecuencias que el mismo genera, así:

> *"(…) En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.*
>
> *Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe preservarse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.*
>
> *El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de*

[21] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

Documento firmado digitalmente

GTEC

contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.
(…)

Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:

a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi-, sean éstas abusivas o no.

b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.

c) Factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (…)"[22] *(Subrayas del Despacho)*

De conformidad con el aparte jurisprudencial previamente transcrito, se evidencia que el equilibrio económico del contrato implica una equivalencia razonable que preserva la intangibilidad de las prestaciones, sin desconocer los riesgos contractuales que jurídicamente debe asumir cada una de las partes, pero en ningún momento se traduce en un equilibrio matemático. Así mismo, cuando se presenta el desequilibrio económico del contrato, ello genera la obligación para la entidad estatal de restablecer el respectivo equilibrio a través de 2 maneras: i) indemnización integral de los perjuicios causados y ii) reconocimiento de los mayores costos en los que se incurrió.

Con base en el aparte jurisprudencial transcrito se concluye que, aunque el Concesionario hubiera demostrado la existencia del supuesto desequilibrio contractual, lo cual no ocurrió, ello no habría justificado el incumplimiento de la obligación reprochada pues, cuando dicho desequilibrio se presenta sólo da lugar al reconocimiento de los perjuicios causados o al reconocimiento de los mayores costos en los que se haya incurrido, pero no se constituye en una causal de justificación de la no ejecución del contrato.

Finalmente, en lo que se refiere a que la situación judicial derivada de la acción popular no ha sido provocada por el Concesionario sino por hechos de terceros que han ocasionado que las proyecciones económicas de los niveles de carga a movilizar por el Puerto no se cumplan, siendo estos los principales recursos que puede obtener el Concesionario en la prestación de sus servicios y en consecuencia cumplir con los compromisos adquiridos.

En el estudio de este argumento, es necesario reiterar que el Concesionario no es parte dentro de la acción popular alegada y aunque sí lo es la Sociedad Derivados y Petróleos de Colombia S.A., estas son dos (2) personas jurídicas distintas, razón por la cual, se insiste, que lo decidido en dicha acción no debe tener incidencia dentro de este procedimiento, pues en últimas lo allí resuelto afectaría es a la empresa Derivados y Petróleos de Colombia S.A.

[22] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

Documento firmado digitalmente

GTEC

No obstante, en gracia de discusión, este Despacho analizara lo referido al hecho de un tercero, para lo cual es oportuno recordar lo que ha planteado el Consejo de Estado sobre esa causal eximente de responsabilidad, así:

> *"(…)*
>
> *Para dilucidar la cuestión, la Sala examina enseguida los requisitos que el Consejo de Estado ha establecido para la prosperidad de la excepción denominada "hecho del tercero". Esta Corporación se ha manifestado en diversas ocasiones sobre esta figura, como una causa extraña que exonera de responsabilidad a la entidad demandada y para tal efecto ha determinado algunas exigencias, a saber:*
>
> *"(i) Que sea la causa exclusiva del daño. Si tanto el tercero como la entidad estatal concurrieron en la producción del daño, el resultado no sería la exoneración de responsabilidad, sino la existencia de solidaridad de éstos frente al perjudicado, en los términos del artículo 2344 del Código Civil, lo cual le daría derecho al perjudicado para reclamar de cualquiera de los responsables la totalidad de la indemnización, aunque quien paga se subrogue en los derechos del afectado para pretender del otro responsable la devolución de lo que proporcionalmente le corresponda pagar, en la medida de su intervención.*
>
> *(ii) Que el hecho del tercero sea completamente ajeno al servicio, en el entendido de que ese tercero sea externo a la entidad, es decir, no se encuentre dentro de su esfera jurídica y, además, que la actuación de ese tercero no se encuentre de ninguna manera vinculada con el servicio, porque si el hecho del tercero ha sido provocado por una actuación u omisión de la entidad demandada, dicha actuación será la verdadera causa del daño y, por ende, el hecho del tercero no será ajeno al demandado.*
>
> *(iii) Que la actuación del tercero sea imprevisible e irresistible a la entidad; porque, de lo contrario, el daño le sería imputable a ésta a título de falla del servicio en el entendido de que la entidad teniendo el deber legal de hacerlo, no previno o resistió el suceso. Como lo advierte la doctrina, "sólo cuando el acontecimiento sobrevenido ha constituido un obstáculo insuperable para la ejecución de la obligación, deja la inejecución de comprometer la responsabilidad del deudor". En relación con la imprevisibilidad, se señala que este elemento no se excluye la responsabilidad con la simple posibilidad vaga o abstracta de que el hecho pueda ocurrir, sino con la posibilidad concreta y real de que tal hecho pudiera ser previsto. Y en relación con la irresistibilidad, cabe señalar que ésta se vincula con juicios de carácter técnico y económico, es decir, que la valoración sobre la resistibilidad de los efectos del suceso involucra una valoración de los avances de la técnica, pero también de los recursos de que deba disponerse para conjurar los del daño.*
>
> *Para que el hecho del tercero constituya causa extraña y excluya la responsabilidad de la entidad demandada no se requiere ni que aparezca plenamente identificado en el proceso ni que el tercero hubiere actuado con culpa, porque la relación causal es un aspecto de carácter objetivo. Lo determinante en todo caso es establecer que el hecho del tercero fue imprevisible e irresistible para la entidad demandada, y que su actuación no tuvo ningún vínculo con el servicio, amén de haber constituido la causa exclusiva del daño.*
> *(…)"*[23]

En los términos de la sentencia en mención, para que la causal consistente en el hecho de un tercero sea próspera debe reunir ciertos requisitos, como son: i) que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño, ii) que el hecho sea producido por una persona cuyo obrar no esté dentro del ámbito de responsabilidad de la persona a quien se investiga y, ii) que el hecho sea imprevisible e irresistible a quien se investiga.

Para determinar si en el caso bajo estudio se configuraría o no el hecho de un tercero, este Despacho entrará a analizar cada uno de los mencionados requisitos, así:

---

[23] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 28 de enero de 2015. Radicación número: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Documento firmado digitalmente
GTEC

i) Que el hecho del tercero sea la causa exclusiva del daño: En el acervo probatorio que obra en el expediente se advierte que en los años 2019 y 2020, con base en los cuales se liquidó la contraprestación de los años 2020 y 2021, la carga movilizada de hidrocarburos estuvo por debajo de lo proyectado, no obstante en el procedimiento no se encuentra acreditado que las decisiones adoptadas en el trámite de la acción popular hayan sido la causa exclusiva de dicha disminución y por ende, del incumplimiento del pago de la contraprestación al INVIAS para las anualidades 2020 y 2021.

ii) Que el hecho sea producido por una persona cuyo obrar no esté dentro del ámbito de responsabilidad de la persona a quien se investiga: En este elemento, se evidencia que el mismo sí se cumpliría en tanto las Partes que se encuentran vinculadas a la acción popular, así como quienes toman las decisiones en la misma son completamente ajenas al Concesionario y en consecuencia su obrar no está dentro del ámbito de responsabilidad del Concesionario.

ii) Que el hecho sea imprevisible e irresistible a quien se investiga: En este aspecto, se debe reiterar que en el trámite de la acción popular el Concesionario no es parte y por ende lo allí decido no tendría que afectarlo, razón por la cual este elemento tampoco se encontraría acreditado.

Sin embargo, este Despacho considera importante señalar que, de llegar a considerarse que lo decidido en la aludida acción sí podría afectarlo, en el trámite de la acción popular el 18 de diciembre de 2018, se decretó como medida cautelar la suspensión de la Resolución No. 311031 del 29 de diciembre de 2017, por medio de la cual se adoptó el Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño, decisión que si bien fue revocada el 12 de diciembre de 2019, permitía prever que la acción popular podría ser resuelta en favor del accionante, lo cual de plano descarta la configuración de este elemento.

Por lo expresado se concluye que no se encuentran acreditados los elementos que permiten configurar la causal del hecho de un tercero. Por las razones expresadas el argumento analizado no prospera.

5.2.1.3. <u>De los Impactos producidos por el COVID 19.</u>

Frente a este argumento, el Despacho considera que deben hacerse algunas anotaciones y precisiones frente a la obligación incumplida, el plazo fijado para cumplirla y con ello, proceder a analizar si la emergencia sanitaria producto del COVID 19 pudo haber imposibilitado de manera amplia y suficiente al Concesionario respecto del cumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación al INVIAS en las anualidades 2020 y 2021.

Para tal efecto es importante señalar que, en los términos de la cláusula décimo tercera, parágrafo séptimo "*<u>Antes de finalizar los meses de febrero la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A, deberá</u> corregir su liquidación del año anterior según el movimiento de carga real y la indexación del valor de referencia por metro cuadrado y de los cargos, así como <u>realizar el pago anticipado del año en curso con base en lo proyectado en el Flujo de Caja Libre definitivo</u>." (Subrayas del Despacho)*

De lo estipulado en la cláusula mencionada se advierte que, el Concesionario debía efectuar el pago anticipado de la contraprestación de los años 2020 y 2021 al INVIAS antes de finalizar el mes de febrero de cada una de esas anualidades.

Con base en ello, para abordar este argumento es necesario precisar que en cuanto a la emergencia sanitaria producto del COVID 19, se tiene como antecedente que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) calificó el brote del Coronavirus (COVID-19) como una pandemia, y el 12 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria con ocasión del coronavirus a través de la Resolución No. 385, la cual fue prorrogada en el tiempo en nueve (9) oportunidades, hasta el pasado 30 de junio de 2022 según Resolución No. 666 del 8 de abril de 2022. A partir de la declaratoria de emergencia, el Gobierno Nacional expidió una serie de Decretos con el propósito de conjurar la calamidad pública por los efectos del COVID-19, entre los cuales se resaltan:

- El Decreto 457 de 23 de marzo de 2020, "*Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria por la pandemia del Coronavirus COVD-19 y el mantenimiento del orden*

Documento firmado digitalmente

público*".* Mediante el mismo se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 25 de marzo de 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020, limitando totalmente la circulación de personas y vehículos en el territorio nacional, con las excepciones previstas en el artículo 3º de la misma disposición, especialmente los numerales 16 y 17[24], referentes a las actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga, y de dragado marítimo y fluvial, respectivamente.

- Decreto 531 del 8 de abril de 2020 *"Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público".* Esta disposición que en su artículo 3° estableció como excepción a la restricción a la libre circulación para garantizar el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, permitió el derecho de circulación de las personas que, entre otros, se encontraran dentro de los siguientes casos o actividades:

  "(…)

  16. Las actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga.
  (…)"

Con base en lo anterior, se evidencia que de conformidad con lo determinado en los numerales 16 y 17 del artículo 3º del Decreto 457 del 23 de marzo de 2020 y los mismos numerales también del artículo 3° del Decreto 531 del 8 de abril de 2020, la actividad portuaria de transporte de carga se encontraba exenta de las restricciones impuestas por el Gobierno Nacional como medidas adoptadas como consecuencia del COVID 19.

Además, de dichos Decretos se advierte que el primero de ellos fue expedido el 23 de marzo de 2020, fecha para la cual el Concesionario ya debía haber dado cumplimiento a su obligación de pago de la contraprestación de la anualidad 2020 en la medida que, en los términos del parágrafo séptimo de la cláusula décimo tercera, él debía pagar dicha contraprestación a finales del mes de febrero de 2020, época para la cual no se había declarado el COVID-19 como pandemia ni el país se habían adoptado medidas para su mitigación.

Igualmente, este Despacho debe señalar que a través del Decreto 1076 del 28 de julio de 2020*, "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público",* se ordenó por última vez el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de agosto de 2020, hasta las cero horas (00:00) del día 1 de septiembre de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

Además, con el Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020 se impartieron instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, y se decretó el aislamiento selectivo con distanciamiento individual responsable, con lo cual los ciudadanos colombianos a partir del 1 de septiembre de 2020 pudieron retornar poco a la normalidad.

Aunado a ello, es oportuno recordar que dada la naturaleza del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, y como ya se ha indicado, en los términos de la cláusula décimo séptima se estableció que el Concesionario asumía la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato, y aunque se advierte la excepcionalidad de la situación derivada por la pandemia del COVID – 19, es importante anotar que en la presente actuación no se acreditó que el incumplimiento de la obligación reprochada fuera consecuencia de dicha circunstancia, sino que por el contrario se demostró que el incumplimiento se ocasionó con anterioridad a la declaración de la pandemia del COVID -19 (finales del mes de febrero de 2020 respecto de la anualidad 2020) y con

[24] *"Artículo 3. Garantías para la medida de aislamiento preventivo obligatorio. Para que el aislamiento preventivo obligatorio garantice el derecho a la vida, a la salud en conexidad con la vida y la supervivencia, los gobernadores y alcaldes, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19, permitirán el derecho de circulación de las personas en los siguientes casos o actividades:*
(…)
16. Las actividades de los puertos de servicio público y privado, exclusivamente para el transporte de carga. 17. Las actividades de dragado marítimo y fluvial.
17. Las actividades de dragado marítimo y fluvial.

Documento firmado digitalmente

posterioridad a que se terminaran los aislamientos preventivos obligatorios en septiembre de 2020 (finales del mes de febrero de 2021 respecto de la anualidad 2021).

Sobre este aspecto, es preciso señalar que para la prosperidad del argumento analizado se encontraba en cabeza del Concesionario la demostración de los siguientes elementos probatorios: (i) que la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. se vio afectada en sus ingresos o que tuvo que incurrir en gastos adicionales y; (ii) que dicha afectación pudo tener lugar por efecto de la pandemia COVID 19; la carga demostrativa debía girar entorno de los requisitos exigidos jurídicamente para tal efecto, los cuales, se reitera, no fueron demostrados por el Concesionario.

En este punto, vale la pena señalar lo manifestado por el Laudo Arbitral en el que se dirimieron las controversias jurídicas suscitadas entre SPRBN y la ANI, en lo que concierne al COVID 19 como justificación de un incumplimiento, así:

> *"Aun cuando podría tenerse por demostrado en su espectro general, al ser un hecho ampliamente conocido, la innegable realidad que trajo consigo la pandemia y las dificultades que buena parte del sector productivo, incluido el portuario, tuvo que afrontar por efectos del COVID- 19, situación que además quedó acreditada del dicho de algunos de los declarantes y de las consideraciones generales que en este sentido se recopilaron de los dictámenes periciales, lo cierto, también, es que no encuentra el Tribunal que haya quedado acreditada de manera suficiente, explicita e irrefutable la alegada disminución de la carga -a parte del dicho de la propia concesionaria-, y menos aún, como era menester, del efecto negativo que pudo tener frente a los ingresos percibidos, atribuibles a una u otro a los efectos de la pandemia; y, en cambio, el Tribunal encuentra razonable y admisible entender que existieron otros motivos, como también quedo acreditado a través las pruebas periciales, aportadas, que venían afectando de tiempo atrás -e incluso simultáneamente durante el tiempo de la pandemia- la participación de la SPRBUN en el mercado portuario y, por lo mismo, el volumen de carga por ésta transportado, con independencia de la órbita patrimonial -de la Contratante o del Concesionario- en la que deben asumirse lo efectos económicos correspondientes.*

Del laudo, cabe resaltar que, aunque es suficientemente conocido el COVID 19 y las consecuencias generadas por este, en el marco de la ejecución de un contrato estatal, especialmente de cara a la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del mismo, no basta con traer a colación la concreción de esa pandemia, sino que también es necesario que se acredite que el incumplimiento ha sido producto del COVID.

Con base en ello y en lo previamente transcrito, se colige que en la presente actuación el Concesionario no demostró que el incumplimiento del pago de la contraprestación al INVIAS para las anualidades 2020 y 2021 se encontrara directamente relacionado con los efectos del COVID - 19, y tampoco probó efectos adversos que impidieran razonablemente el cumplimiento de la obligación respecto de tales anualidades.

Finalmente, en cuanto a que las fechas en las que se enmarca el incumplimiento de la obligación del Concesionario correspondiente al pago de la contraprestación, coinciden no sólo con la medida de suspensión ordenada por el Tribunal Administrativo de Nariño, sino con las restricciones de movilidad adoptadas dentro de la emergencia sanitaria, impidiendo al Concesionario desarrollar la actividad principal del puerto que le permitiera la obtención de recursos por la operación del Puerto, este Despacho reitera que no se demostró la incidencia de lo decidido en la acción popular de cara al cumplimiento de la obligación reprochada y tampoco que el incumplimiento de la misma fuera el resultado de los efectos de la pandemia.

Por las razones expuestas, el argumento analizado no prospera.

5.2.1.4. <u>De las Mesas de trabajo adelantadas con el INVIAS.</u>

Respecto de lo aquí argumentado por el Concesionario se tiene que el INVIAS a través del Oficio SDJ54990 del 13 de septiembre de 2022, informó a este Despacho que si bien era cierto que la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. había solicitado la suscripción de un acuerdo de pago, relacionado con las anualidades 2020 y 2021 derivados del Contrato No. 002 de 2017, no era menos cierto que tal solicitud no cumplía con los requisitos establecidos en el Reglamento Interno de Recaudo de Cartera del INVIAS y del Estatuto Tributario, y que tal situación le había sido

Documento firmado digitalmente

dada a conocer al Concesionario mediante el Oficio SDJ 54084 del 09 de septiembre de 2022.

De lo previamente señalado este Despacho advierte que, si bien el Concesionario ha implementado algunas medidas en aras de dar cumplimiento a la obligación endilgada, ellas no son suficientes para tener por acreditado el cumplimiento de la obligación del pago de la contraprestación al INVIAS de las anualidades 2020 y 2021.

Por lo expuesto, este argumento tampoco prospera.

5.2.2. Análisis de los Descargos de la Aseguradora LA EQUIDAD SEGUROS ORGANISMO COOPERATIVO.

5.2.2.1. <u>De la caducidad.</u>

Frente a este argumento propuesto por el Garante, el Despacho debe precisar que tal y como fue consignado en el acápite de *"1. HECHOS QUE SOPORTAN LA CITACIÓN"* del Oficio No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021, por medio del cual se citó al Concesionario y al Garante a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se advierte claramente que la obligación de pago de contraprestación que se imputó al Concesionario está referida únicamente a las anualidades 2020 y 2021, mas no a 2017 como lo refirió el Garante. Ello se evidencia del párrafo final de dicho acápite en el que se señaló:

> *"A la fecha, y pese a los oficios mencionados los cuales fueron enviados a la Sociedad Portuaria Tumaco Pacific Port, el concesionario no se ha pronunciado informando sobre pagos que haya efectuado a favor de INVÍAS y/o del Municipio de Tumaco por la obligación de pago por contraprestación portuaria de las vigencias 2020 y lo corrido del 2021."*

Aclarado lo anterior, este Despacho considera necesario traer al debate un pronunciamiento del Consejo de Estado en el que se desarrolla lo relacionado con la caducidad de la facultad sancionatoria en el marco de un procedimiento sancionatorio contractual. En la respectiva providencia se explica lo siguiente:

> *"(…) Planteado este escenario argumentativo, la Sala considera necesario realizar las siguientes precisiones en relación con la aplicación del artículo 52 del CPACA, en el marco de la imposición de multas en desarrollo de la actividad contractual del Estado.*
>
> *En primer lugar, es importante poner de presente que la caducidad de la potestad sancionadora del Estado se encuentra regulada en el CPACA, en el acápite específico destinado a trazar las reglas que habrán de seguirse en los procedimientos administrativos sancionatorios que no tengan una legislación especial o no se hallen cobijados por el Código Único Disciplinario.*
>
> *<u>En atención a ese marco normativo, cabe anotar que la caducidad de la potestad sancionadora prevista en el artículo 52 del CPACA, entendida como el límite temporal dispuesto para instrumentar el ius puniendi por parte de la administración, resultará aplicable en cuanto se trate del desarrollo de prerrogativas sancionadoras adoptadas en ejercicio de función administrativa habilitada expresamente por el legislador en los ámbitos específicamente autorizados por el ordenamiento jurídico.</u>*
>
> *<u>Lo anterior no puede confundirse ni hacerse extensivo a la facultad de imponer multas mediante actos administrativos en desarrollo de la ejecución de un contrato del Estado, con apoyo en las siguientes consideraciones:</u>*
>
> *De entrada, se precisa que fue el mismo CPACA el que, en su artículo 47, reconoció la sustantividad de que goza la legislación sancionadora en materia de contratación estatal, al establecer en el parágrafo 1) del artículo 47 que "las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia".*
>
> *En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución*

Documento firmado digitalmente
GTEC

del negocio "es actuar en forma compulsiva sobre este [el contratista] para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones".

A su turno, el Consejo de Estado, ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (…) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual".

En resumen, el origen e implementación de esta herramienta, desde la perspectiva contractual, se correlaciona y encuentra justificación en los eventos en los que una de las partes incurre en incumplimiento de las obligaciones contraídas, al paso que su activación surge como consecuencia de una previsión anticipada y libremente acordada por los contratantes sobre los efectos que pueden extraerse de dicha inobservancia y que, por regla general, conlleva al pago de una suma preestablecida, sin que con esto el incumplido se releve de satisfacer la prestación debida; lo que busca es precisamente inducir a su acatamiento.

El pacto sobre la multa encuentra su apoyo en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes presente desde luego en el ámbito de la contratación estatal. En virtud de este postulado, los extremos del negocio están llamados a definir cuál será el efecto y alcance del incumplimiento de las partes de un contrato, bien sea para fungir como apremio o conminación para conducir al moroso a que honre su compromiso, o como mecanismo indemnizatorio, finalidades que, se reitera, habrán de examinarse a la luz de los términos convencionales en que explícitamente se encuentre estipulada la multa.

En esa línea, conviene agregar que el límite temporal para aplicar la sanción pecuniaria habrá de ser el acordado en el contrato, por manera que al no definirse uno, como ocurrió en el caso concreto según se desprende del texto contractual, la sanción podría ser impuesta en tanto persistiera el incumplimiento y el plazo contractual se hallara vigente, tal y como aconteció en el sublite."[25] *(Subrayas del Despacho)*

Del aparte jurisprudencial transcrito se concluye que la caducidad de la facultad sancionatoria en el marco de un procedimiento contractual sancionatorio está dada por el límite temporal que se fije en el contrato para la imposición de la sanción y en caso de no determinarse en el mismo, dicha facultad podrá ser ejercida por la entidad estatal mientras el incumplimiento persista y el plazo contractual se encuentre vigente.

Con base en lo anterior, se concluye que, en el presente caso, en el cual se está conminando al concesionario a dar cumplimiento a su obligación de pago de la contraprestación portuaria, mientras esa obligación siga pendiente de cumplimiento, y esté en ejecución el contrato, no resulta aplicable la caducidad de la facultad sancionatoria.

De lo expresado este Despacho concluye que el argumento analizado no prospera.

5.2.2.2. <u>De la Novación de la obligación reprochada.</u>

Este argumento se fundamenta en los acercamientos entre el Concesionario y el INVIAS a fin de lograr la suscripción de un acuerdo de pago para el cumplimiento de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021, no obstante, como se dejó anotado en el análisis del argumento planteado por el Concesionario, denominado *"De las Mesas de trabajo adelantadas con el INVIAS",* dicho acuerdo no fue suscrito según lo informado por el INVIAS en el Oficio SDJ 54084 del 09 de septiembre de 2022, razón por la cual este argumento no puede prosperar y por ende, tampoco se puede ordenar el archivo y terminación de la presente actuación sancionatoria en tanto a la fecha la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., continúa incumpliendo su obligación de pago de la contraprestación al INVIAS en las anualidades 2020 y 2021.

[25] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. Radicación numero: 25000232600020170182601(66589). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

Documento firmado digitalmente

En cuanto a que, al reconocerse que se trata de un contrato de concesión en donde debían salvaguardarse las condiciones inicialmente pactadas con unas garantías de operación que por distintas órdenes judiciales no han sido llevadas a cabo, eran circunstancias que debieron ser contempladas tanto en el informe de supervisión como en el de citación, al igual que la pandemia y las fluctuaciones tanto de la divisa como de los precios de los barriles de petróleo al tener una incidencia directa en el Contrato de Concesión, este Despacho debe advertir que, como ya se ha señalado en el análisis de otros argumentos en el caso estudiado no se encuentra acreditado que las circunstancias indicadas por el Garante hayan afectado el cumplimiento por parte del Concesionario de la obligación reprochada, razón por la cual esas situaciones no debían ser consideradas en la elaboración del informe de supervisión ni en la citación.

Por lo expuesto este argumento no prospera.

Finalmente, en cuanto a la solicitud del Garante de tener en cuenta el límite máximo de responsabilidad determinado dentro del contrato de seguro, en caso de que se imponga una sanción, este Despacho advierte que en la declaración del siniestro se considerara el límite de la suma asegurada.

5.2.2.3. <u>De lo argumentado por el Garante en el descorre del traslado ordenado en los Autos Nos. 20237070000106 del 19 de enero de 2023 y 20237070000536 8 de marzo de 2023.</u>

En los escritos remitidos por correo electrónico los días 24 de enero de 2023 y 14 de marzo de 2023, el Garante descorrió el traslado de los documentos incorporados a través de los Autos Nos. 20237070000106 del 19 de enero de 2023 y 20237070000536 del 8 de marzo de 2023, manifestando que tales documentos dan cuenta del trámite que se ha venido adelantando entre el INVIAS y el Concesionario para la suscripción de un acuerdo de pago de las contraprestaciones objeto de la presente actuación, razón por la cual considera que de concretarse la suscripción de dicho acuerdo no habría lugar a continuar con esta actuación administrativa y que debería ordenarse su archivo, de conformidad con la naturaleza conminatoria de este trámite, en los términos del artículo 17 de la Ley
1150 de 2007.

Frente a lo aquí argumentado por el Garante, este Despacho debe señalar que esos documentos simplemente dan cuenta de meras tratativas y que, tal y como fue expresado en los referidos Autos, estas no hacen cesar el presunto incumplimiento objeto de reproche.

Además, en el expediente obra el Oficio SDJ 16029 del 21 de marzo de 2023, mediante el cual el INVIAS informa que a esa fecha no se está tramitando ningún acuerdo de pago con el Concesionario.

Por lo anterior, se advierte que no hay lugar al archivo de esta actuación, y el argumento analizado no prospera.

VI. DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO

Analizados cada uno de los argumentos expuestos en los descargos por los Apoderados del Concesionario y la Aseguradora, resulta claro que la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. es responsable por el incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el no pago de la contraprestación portuaria al **INVIAS** para los años 2020 y 2021, por lo cual se procede aplicar las consecuencias señaladas en el Capítulo V. *"TASACIÓN DE LA MULTA Y LOS PERJUICIOS"* del oficio de citación a la audiencia, el cual fue radicado con el No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021, información que fue actualizada por el Equipo de Coordinación y Seguimiento del Proyecto a través del Memorando No. 20233080066143 del 5 de mayo de 2023.

6.1. De la imposición de la Multa y la tasación de su valor

Para efectos de lo previsto en la cláusula 23 del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, específicamente en literal b), se tiene que, se podrán imponer multas al Concesionario por *"Por no cumplir con el pago de la de que trata la CLÁUSULA 13 del presente contrato, en la cuantía y fecha*

Documento firmado digitalmente
GTEC

indicada en el mismo, se causará una multa por incumplimiento, equivalente al 1% del valor de la contraprestación anual, sin perjuicio de los intereses de mora pactados en el presente contrato."

En virtud de lo anterior, mediante el Memorando No. 20223080105603 del 30 de agosto de 2022, el monto de la multa a imponer en el presente caso se tasó, así:

RESUMEN LIQUIDACIÓN DEUDA POR CONTRAPRESTACIÓN ANUALIDADES 2020 Y 2021			
CONCEPTO	**Total Nación**	**Total Municipio**	**Total Contraprestación Anual**
Deuda por Contraprestación anualidad 2020	USD 461.485,10		**USD 461.485**
Deuda por Contraprestación anualidad 2021	USD 417.911,65		**USD 417.912**
CONTRAPRESTACION PENDIENTE POR PAGAR VIGENCIAS 2020 Y 2021	**USD 879.396,75**	**USD 0,00**	**USD 879.396,75**
TOTAL PAGADO VIGENCIAS 2020 Y 202	USD -		**USD 0,00**
TOTAL ADEUDADO EN USD	**USD 879.396,75**	**USD -**	**USD 879.396,75**

Fuente: Hoja "MULTA POR CONTRAPRESTACION", Archivo Excel: "MULTA CONTR SPTPP 2020-2021 (31-08.2022)"

El monto anterior no incluye intereses moratorios, los cuales en todo caso han sido informados al Concesionario y a las Entidades recaudadoras, tal como se manifestó en las solicitudes al puerto.

Teniendo en cuenta el saldo en capital, el valor de la multa se estima así:

ESTIMACION DE LA MULTA A 31 DE AGOSTO DE 2022	
TOTAL DEUDA POR CONTRAPRESTACION	USD 879.396,75
TASA MULTA	1%
VALOR DE LA MULTA A AGTO. 31 DE 2022	**USD 8.794,00**

Fuente: Hoja "MULTA POR CONTRAPRESTACION", Archivo Excel: "MULTA CONTR SPTPP 2020-2021 (31-08.2022)"

De lo anterior se concluye que el monto total de la multa a imponer equivale a la suma de **OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES (USD 8.794,00)**

Monto que fue reiterado por el Equipo de Coordinación y Seguimiento del Proyecto a través del Memorando No. 20233080066143 del 5 de mayo de 2023.

6.2. De la tasación de los perjuicios.

Los perjuicios derivados del no pago de contraprestación al INVIAS corresponden al valor adeudado de la contraprestación de cada una de las anualidades 2020 y 2021 junto con los intereses moratorios
causados en cada anualidad, los fueron actualizados por la Gerencia GIT Financiero con el Memorando No. 20233080066143 del 5 de mayo de 2023, de la siguiente manera:

Documento firmado digitalmente
GTEC

PERJUICIOS POR NO PAGO DE CONTRAPRESTACION ANUALIDAD 2020 Y 2021					
FECHA DE LIQUIDACION	POR NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACION EN USD (1)	TRM PROMEDIO AÑO ANTERIOR AL PAGO (2)	POR NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACION EN COP$ (3) = (1) * (2)	INTERESES MORATORIOS POR NO PAGO CONTRAPRESTACION (COP$) (4)	TOTAL PERJUICIOS (CONTRAPRESTACION + INTER. MORATORIOS POR NO PAGO CONTRAPRESTACION) (COP$) (5) = (3) + (4)
5/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.395.733.484,46	6.139.430.980,73
6/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.399.575.080,21	6.143.272.576,47
7/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.403.416.675,96	6.147.114.172,22
8/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.407.258.271,70	6.150.955.767,97
9/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.411.099.867,45	6.154.797.363,71
10/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.414.941.463,20	6.158.638.959,46
11/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.418.783.058,94	6.162.480.555,20
12/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.422.624.654,69	6.166.322.150,95
13/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.426.466.250,43	6.170.163.746,70
14/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.430.307.846,18	6.174.005.342,44
15/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.434.149.441,93	6.177.846.938,19
16/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.437.991.037,67	6.181.688.533,94
17/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.441.832.633,42	6.185.530.129,68
18/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.445.674.229,17	6.189.371.725,43
19/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.449.515.824,91	6.193.213.321,18
20/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.453.357.420,66	6.197.054.916,92
21/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.457.199.016,41	6.200.896.512,67
22/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.461.040.612,15	6.204.738.108,42
23/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.464.882.207,90	6.208.579.704,16
24/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.468.723.803,64	6.212.421.299,91
25/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.472.565.399,39	6.216.262.895,65
26/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.476.406.995,14	6.220.104.491,40
27/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.480.248.590,88	6.223.946.087,15
28/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.484.090.186,63	6.227.787.682,89
29/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.487.931.782,38	6.231.629.278,64
30/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.491.773.378,12	6.235.470.874,39
31/05/2023	USD 879.396,75	4.257,12	3.743.697.496,26	2.495.614.973,87	6.239.312.470,13

Fuente: Hoja "PERJUICIOS", Archivo Excel: "MULTA CONTR SPTPP 2020-2021 (31-05-2023)"

De lo anterior se concluye que el monto total de los perjuicios asciende a la suma de **SEIS MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS ($6.208.579.704,16),** de los cuales corresponden a **TRES MIL SETECIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y SEIS PESOS CON VEINTISÉIS CENTAVOS ($3.743.697.496,23)** por concepto del valor de la contraprestación adeuda al **INVÍAS** y la suma de **DOS MIL CUATRCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS ($2.464.882.207,09)** por concepto del valor de los intereses generados.

VII. SOBRE LA PÓLIZA DE CUMPLIMIENTO Y SU AFECTACIÓN

Con ocasión de la declaratoria de incumplimiento y su consecuente imposición de multa y tasación de perjuicios, es procedente afectar la póliza de cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, Póliza de cumplimiento No. AA054329, la cual fue expedida por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, y que ampara el cumplimiento de las

Documento firmado digitalmente

obligaciones contenidas en el contrato de concesión, constituida a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, INVIAS y el Municipio de Tumaco en las condiciones establecidas en dicha póliza, en el evento en que el Concesionario no realice el pago.

Número de la Póliza	Aseguradora	Amparo	Valor
Póliza de No. AA054329	LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO	Cumplimiento del Contrato, constituido a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura.	$331.108.646,37

En virtud de lo anteriormente expuesto el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO. DECLARAR el incumplimiento de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.** de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el no pago de la contraprestación portuaria al **INVIAS** para las anualidades 2020 y 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

SEGUNDO. DECLARAR la terminación de la actuación sancionatoria respecto del presunto incumplimiento de **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.**, de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el no pago de la contraprestación portuaria al **MUNICIPIO DE TUMACO** para las anualidades 2020 y 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA** prevista en el literal b) de la cláusula veintitrés (23) del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, por un valor de **OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES (USD 8.794,00),** 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, para el pago de la multa impuesta, se otorgará un plazo de 10 días hábiles contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, y a partir de dicha fecha, se causarán intereses de mora.

El valor de la multa impuesta se deberá consignar en la Cuenta de Ahorros de Bancolombia número 18816489667 a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura, con el Nit 830.125.996-9 y simultáneamente remitir copia de la consignación realizada a los correos institucionales contactenos@ani.gov.co y buzonjudicial@ani.gov.co, indicando número de la Resolución, concepto de la consignación, NIT, razón social y correo electrónico de quien consigna.

CUARTO. CUANTIFICAR E IMPONER los perjuicios derivados del no pago de la contraprestación al **INVIAS** a partir del incumplimiento declarado, los cuales corresponden al valor adeudado por el Concesionario de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 y los intereses moratorios causados, en la suma de **SEIS MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS ($6.208.579.704,16),** los cuales corresponden al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS.**

QUINTO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de cumplimiento No. AA054329, la cual fue expedida por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, póliza de seguro constituida a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, INVIAS y el Municipio de Tumaco y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 011 de 2015, en el evento en que el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.** se abstenga de efectuar el pago de la multa, y los perjuicios impuestos, únicamente hasta el valor asegurado en el amparo de cumplimiento.

SEXTO. En firme la decisión y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 6º de la Ley 1150 de 2007 y 31 de la Ley 80 de 1993 -modificado por el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012-,

Documento firmado digitalmente

GTEC

publíquese el contenido de la presente Resolución en la Cámara de Comercio de Tumaco y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación.

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

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

NOVENO. 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.

DÉCIMO. 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.

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

COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **23-05-2023**

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

Proyectó: Viviana Andrea Velásquez R. – Abogada GIT Sancionatorios
VoBo:

EDUARDO DURAN MONTOY
2023.05.23 13:42:20
Firmado Digitalmente
CN=EDUARDO DURAN MONT
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INI
E=eduranm@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits

REPÚBLICA DE COLOMBIA

MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20237070014435**

_S

Fecha: **26-10-2023**

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos, por la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. y La Equidad Seguros Organismo Cooperativo, contra la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023. Expediente No. 20217070320700044E"

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

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones Nos. 20221000007275 del 3 de junio de 2022, 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 disciplina este tipo de procedimientos, procede a adoptar una decisión de fondo dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, a partir de los siguientes,

CONSIDERANDOS

Que el 23 de mayo de 2023 fue notificada la Resolución No. 20237070005845, *"Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado contra la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, por el presunto no pago de la contraprestación portuaria. Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017. Expediente 20217070320700044E",* de conformidad con lo previsto en el literal (c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 se resolvió lo siguiente:

"(…)

PRIMERO. DECLARAR *el incumplimiento de la* ***SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.*** *de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el no pago de la contraprestación portuaria al* ***INVIAS*** *para las anualidades 2020 y 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

SEGUNDO. DECLARAR *la terminación de la actuación sancionatoria respecto del presunto incumplimiento de* ***SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.****, de la obligación contenida en la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, relacionada con el no pago de la*

*contraprestación portuaria al **MUNICIPIO DE TUMACO** para las anualidades 2020 y 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.*

***TERCERO.** Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA** prevista en el literal b) de la cláusula veintitrés (23) del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, por un valor de **OCHO MIL SETECIENTOS NOVENTA Y CUATRO DÓLARES (USD 8.794,00),** 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, para el pago de la multa impuesta, se otorgará un plazo de 10 días hábiles contados a partir de la ejecutoria del presente acto administrativo, y a partir de dicha fecha, se causarán intereses de mora.*

El valor de la multa impuesta se deberá consignar en la Cuenta de Ahorros de Bancolombia número 18816489667 a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura, con el Nit 830.125.996-9 y simultáneamente remitir copia de la consignación realizada a los correos institucionales contactenos@ani.gov.co y buzonjudicial@ani.gov.co, indicando número de la Resolución, concepto de la consignación, NIT, razón social y correo electrónico de quien consigna.

CUARTO. CUANTIFICAR E IMPONER** los perjuicios derivados del no pago de la contraprestación al **INVIAS** a partir del incumplimiento declarado, los cuales corresponden al valor adeudado por el Concesionario de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 y los intereses moratorios causados, en la suma de **SEIS MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS ($6.208.579.704,16),** los cuales corresponden al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS.

***QUINTO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO** amparado por la Póliza de cumplimiento No. AA054329, la cual fue expedida por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, póliza de seguro constituida a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, INVIAS y el Municipio de Tumaco y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 011 de 2015, en el evento en que el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.** se abstenga de efectuar el pago de la multa, y los perjuicios impuestos, únicamente hasta el valor asegurado en el amparo de cumplimiento.*

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

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

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

***NOVENO.** 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.*

***DÉCIMO.** 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.*

***DÉCIMO PRIMERO. ARCHIVAR** el expediente una vez en firme esta decisión.*
(…)"

Que, en contra de la indicada decisión, el Concesionario y la Aseguradora interpusieron recurso de reposición, y se fijó como fecha para la sustentación el 20 de junio 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. 20237070005845, y solamente el Concesionario solicitó la práctica de algunas pruebas.

Que a través del Auto No. 20237070001736 del 4 de agosto de 2023, se rechazaron las solicitudes probatorias efectuadas por el Concesionario, se ordenó de oficio la incorporación del Mandamiento de Pago expedido por el INVIAS con el Auto No. 051 del 6 de mayo de 2021 y el traslado de este a los Recurrentes. Dicho Auto fue notificado al Concesionario y Garante a los correos electrónicos autorizados para tal fin el 4 de agosto de 2023[1].

Que, mediante escrito remitido por correo electrónico el 10 de agosto de 2023, el Concesionario presentó solicitud de reconsideración frente a lo decidido en el Auto No. 20237070001736.

Que ninguno de los Recurrentes se pronunció respecto del documento que les fue trasladado.

1. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

La Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. y La Equidad Seguros Organismo Cooperativo sustentaron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, en los siguientes términos:

I.1. Argumentos del Concesionario.

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

1.1.1 Indebida cuantificación de la multa

El Concesionario plantea que, de conformidad con lo indicado en el Oficio No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021, la multa que se le impondría en caso de acreditarse el presunto incumplimiento sería la determinada en la cláusula 23 del Contrato de Concesión que a la letra dice:

> *"El CONCEDENTE podrá imponer multas al CONCESIONARIO en los siguientes eventos:*
> *(…)*
>
> *b. Por no cumplir con el pago de la contraprestación de que trata la cláusula 13 del presente contrato, en la cuantía y fecha indicada en el mismo, se causará una multa por incumplimiento, equivalente al 1% del valor de la contraprestación anual, sin perjuicio de los intereses de mora pactados en el presente contrato. (…)"*

De dicha cláusula advierte que el valor de la multa debe calcularse con base en el 1% del valor de la contraprestación anual mas no en el 1% de los valores presuntamente adeudados, por lo que afirma que la Agencia erró al sumar el valor de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 para establecer el monto de la multa impuesta.

De lo expuesto concluye que este error genera necesariamente una nulidad de la actuación al generarle una carga de defensa distinta a la que debía ejercer en cumplimiento del Contrato de Concesión, invalidando los cargos imputados.

1.1.2 Vulneración al debido proceso por modificación de la sanción

El Concesionario argumenta que mediante el Auto No. 2022707002046 del 16 de agosto de 2022 se solicitó la actualización del valor de la multa y los perjuicios en caso de persistir el presunto incumplimiento, con lo cual considera que existe un desconocimiento de la ya referida cláusula 23 del Contrato de Concesión, y una vulneración al debido proceso al pretenderse modificar el valor de la sanción a imponer, máxime cuando para ese momento ya se habían rendido los descargos.

[1] Tal y como se evidencia en el Radicado ANI No. 20234090282281 del 10 de agosto de 2023.

Aunado a ello recuerda que la potestad sancionatoria está sometida al principio de legalidad, por lo que se deben respetar las formalidades para la imposición de la sanción y haber claridad en todo el procedimiento que la falta o conducta reprochable se sancionará en cumplimiento de las condiciones definidas por las Partes.

Finalmente, colige que la violación al principio de legalidad genera la nulidad de la actuación administrativa.

1.1.3 Fuerza mayor e incumplimiento

El Concesionario indica que se ha visto imposibilitado para el cumplimiento de la obligación reprochada en esta actuación por tres (3) hechos distintos que han confluido y consisten en:

1.1.3.1. COVID – 19

Se pone de presente que es un hecho notorio, constitutivo de fuerza mayor y/o caso fortuito que, en los años 2020, 2021 y parte del año 2022, la operación de todas las actividades a nivel mundial, incluyendo a Colombia, fue gravemente afectada como consecuencia de la emergencia sanitaria causada por el COVID 19, cuyos efectos repercutieron hasta 2022.

El Concesionario manifestó que ello afectó no solamente la operación del Puerto sino también sus ingresos. Recordó que en Colombia la emergencia sanitaria fue declarada con la Resolución 385 de 2020, expedida por el Ministerio de Salud, iniciando el 12 de marzo de 2020 y culminando el 30 de junio de 2022, con la Resolución 666 de 2022, expedida también por el Ministerio de Salud.

Igualmente, puntualizó que la Resolución No. 385 de 2020, en el artículo 2 numeral 2.6, impuso entre otras medidas sanitarias la de *"Ordenar a los jefes, representantes legales, administradores o quienes hagan sus veces a adoptar, en los centros laborales públicos y privados, las medidas de prevención y control sanitario para evitar la propagación del COVID – 19. Deberá impulsarse al máximo la prestación del servicio a través del teletrabajo.",* y que su desconocimiento acarreaba sanciones penales y pecuniarias en los términos de lo preceptuado en el artículo 4.

De lo anterior, el Concesionario advierte la existencia de una causa externa y ajena a su control que afectó la operación del Puerto y que coincide con la época de los hechos que son objeto de reproche en esta actuación (2020 y 2021). Aunado a ello, trajo a colación los diferentes Decretos[2] expedidos por el Gobierno con los cuales se ordenó el aislamiento preventivo en todo el país, para evidenciar la imposibilidad de ejecutar el Contrato de Concesión en condiciones de normalidad, la obtención de los ingresos esperados y de lo que concluyó:

> *"1. Todas ellas solicitaban a las personas y a las empresas tomar las medidas necesarias para evitar al máximo la movilización de las personas en aras de prevenir o evitar el contagio de COVID – 19.*
>
> *2. Se contemplaron casos excepcionales en los que fuera estrictamente necesaria la movilización de las personas, atendiendo a su labor o principalmente en caso de requerir atención hospitalaria.*
>
> *3. Todas las regulaciones tenían sustento o en la declaratoria de emergencia sanitaria o en el estado de emergencia económica y social, al tratarse de una situación imprevisible y nunca antes presentada en el país."*

1.1.3.2. Suspensión del Plan de Abastecimiento

El Concesionario argumenta que se presentaron decisiones que le impidieron la explotación normal de la infraestructura, particularmente lo relacionado con el transporte de hidrocarburos que se daría a partir de la existencia de un Plan de Abastecimiento en la zona.

[2] Decretos: 417 del 17 de marzo de 2020, 457 del 22 de marzo de 2020, 531 del 8 de abril de 2020, 593 del 24 de abril de 2020, 636 del 6 de mayo de 2020, 637 del 6 de mayo de 2020, 689 del 22 de mayo de 2020, 749 del 28 de mayo de 2020, y la Resolución 844 del 26 de mayo de 2020, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social.

Sobre este asunto señaló que mediante la Resolución 31187 del 27 de septiembre de 2017, el Ministerio de Minas autorizó a PETRODECOL como distribuidor mayorista de combustibles líquidos derivados del petróleo, y con la Resolución 311031 del 29 de diciembre de 2017 lo incluyó como parte del Plan de Abastecimiento del Departamento de Nariño y le otorgó el primer orden de prelación para la distribución del combustible. Además, indicó que la Resolución 311031 de 2017 fue modificada posteriormente por las Resoluciones 31117 y 31524 del 2018.

Así mismo, informó que el 9 de noviembre de 2018 se interpuso una acción popular ante el Tribunal Administrativo de Nariño con la cual se solicitaba la declaratoria de la vulneración de los derechos colectivos a la moralidad administrativa, la libre competencia económica y los derechos de los consumidores y usuarios, y que como consecuencia de ello cesaran los efectos de la Resolución 311031 de 2017, y sus modificaciones.

En dicho trámite se solicitó como medida cautelar la suspensión provisional de la referida Resolución, la cual fue decretada a través de Auto expedido el 18 de diciembre de 2018, Auto que fue revocado en sede de apelación por el Consejo de Estado mediante Auto del 12 de diciembre de 2019. El 11 de junio de 2020 se profirió el respectivo fallo amparando los derechos colectivos invocados y ordenando al Ministerio de Minas y Energía expedir un acto administrativo que modifique el Plan de Abastecimiento. El 19 de agosto de 2021 el Consejo de Estado admitió los recursos de apelación interpuestos por PETRODECOL y por el Ministerio contra el fallo, y desde el 25 de julio de 2022 el expediente ingreso al Despacho para la decisión de estos.

Respecto de lo anterior, el Concesionario pone de presente que parte de la carga proyectada para generar el modelo financiero del Contrato de Concesión corresponde a combustibles los cuales se contemplaron de acuerdo con el plan de distribución de combustibles para el Departamento de Nariño y, teniendo en cuenta que esta situación no se ha materializado por condiciones inherentes al Estado es necesario reequilibrar el modelo financiero correspondiente a dicha carga con las obligaciones correspondientes.

1.1.3.3. Falta de dragado de mantenimiento y profundización del canal de acceso

El Concesionario recuerda que de conformidad con la cláusula 21 del Contrato de Concesión, el Concedente debe *"cumplir con las obligaciones derivados del presente Contrato de Concesión y la ley."*

Igualmente, refiere que el artículo 1 y el parágrafo 1 del artículo 7 de la Ley 1 de 1991 determinan que:

> *"**Artículo 1ºPrincipios generales**. En desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, de acuerdo con esta Ley.*
>
> *La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.*
> *(…)*
>
> ***Artículo 7.** Monto de la contraprestación. (…)*
>
> ***Parágrafo 1º.** La contraprestación que reciba la Nación por concepto de zonas de uso público e infraestructura a través del Instituto Nacional de Vías, Invías, o quien haga sus veces, se destinará especialmente a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso a todos los puertos a cargo de la Nación, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre."*

Con base en las aludidas normas, advierte que la obligación del Estado (INVIAS) de mantener y garantizar el acceso a los puertos no ha sido cumplida a la fecha, pese a las múltiples solicitudes

que ha efectuado con el propósito que se realice el correspondiente dragado para el uso del Puerto, toda vez que en la actualidad el canal de acceso no está habilitado para grandes embarcaciones.

Sobre este punto señala que la información técnica disponible con base en la cual se presentó la solicitud de concesión indicaba que el gobierno construiría un calado licenciado de 7,3 metros, que a la fecha no ha ocurrido y ni siquiera se han realizado los estudios y diseños para mantener o profundizar el canal de acceso público de Tumaco, como se evidencia en el informe enviado por la Gerencia Portuaria de la Vicepresidencia de Gestión Contractual y, que por esa razón utilizó un buque de diseño con un calado máximo de 7 metros baja mar, pero que esa no es una profundidad que se esté manteniendo.

Adicionalmente, refiere que la información técnica de la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR) ni siquiera coincide con lo que la Capitanía de Puerto señala, de lo cual evidencia que la reducción y empeoramiento de las condiciones de acceso en el canal era imprevisible, pues ni la Autoridad Marítima colombiana tiene certidumbre, y congruencia sobre las condiciones reales de profundidad de dicho canal, por lo que no se le podría exigir que tenga certidumbre sobre las condiciones de operación del canal.

También manifiesta que las comunicaciones remitidas por la Capitanía de Puerto demuestran que de manera imprevisible e irresistible se está limitando la operación del Puerto al restringir el ingreso de los barcos, que en algunos casos deben contar con un calado inferior a 2,5 metros, lo que ha ocasionado que no se desarrolle el servicio de transporte comercial de entrada y salida al Puerto que se tenía contemplado al momento de iniciar la concesión.

Finalmente plantea que, con base en el principio de confianza legítima ha tenido desde el inicio del Contrato una expectativa de que las condiciones en que le fue otorgado se efectúen y se mantengan por parte de la Nación en cabeza de la ANI, pese a ello las obligaciones del Concedente no han sido cumplidas en debida forma.

1.1.4 Excepción de contrato no cumplido

El Concesionario considera que de acuerdo con lo establecido en los artículos 13 y 32 de la Ley 80 de 1993, lo preceptuado en el artículo 1609 del Código Civil resulta aplicable a este caso. Para ello refiere una Sentencia del Consejo de Estado en la que se explica que dicha figura resulta aplicable a los contratos estatales cuando se reúnen cuatro (4) requisitos, los cuales se encuentran configurados en el caso concreto así:

> *"i. La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas: En el presente existe el Contrato de Concesión.*
>
> *ii. El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo cada una de las partes contratantes: La ANI no ha cumplido con su obligación de mantener las condiciones mínimas de operatividad y tránsito del canal de acceso al puerto del municipio de San Andrés de Tumaco.*
>
> *iii. Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista: Sin el debido metraje en el canal de acceso del puerto le es imposible al Concesionario cumplir con sus obligaciones de orden monetario y financiero estipuladas dentro del Contrato de Concesión."*

Frente a esto se indica que el incumplimiento de la ANI al no mantener el canal de acceso es de tal trascendencia y gravedad, que afecta de manera evidente y grave la seguridad jurídica, técnica, económica y financiera del Concesionario, pues es sobre ello que se fundamenta el tránsito de embarcaciones que es el eje fundamental del Contrato de Concesión.

De otra parte, evoca que en los términos de la cláusula 17 del Contrato de Concesión él asume todos los riesgos de mercado, técnicos, financieros, económicos y jurídicos derivados de la ejecución del proyecto; sin embargo, advierte que no puede exigírsele que soporte la totalidad de los riesgos que no fueron previsibles al momento de la suscripción del Contrato.

Por tal razón considera que *"(…) no puede estar obligado al control de las circunstancias asociadas a las condiciones marítimas, de dragado del canal de acceso y demás circunstancias mencionadas, sobre las cuales no tiene ninguna injerencia y son temáticas netamente en cabeza del estado, para este caso en representación de la ANI."*

1.1.5 Existencia de embarcaderos ilegales en Tumaco

El Concesionario afirma que, al no haber canal de acceso al Puerto, Tumaco se llenó de embarcaderos ilegales para embarcaciones de todo tipo de calados cuyas cargas compiten directamente con el Puerto.

I.2. Argumentos del Garante

El Garante La Equidad Seguros Organismo Cooperativo sustentó el respectivo recurso con base en los siguientes argumentos:

I.2.1. Falsa motivación y Violación sistemática del debido proceso

El Garante argumenta que en el caso analizado se da la nulidad amparada en el artículo 29 Constitucional, *"es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso",* en tanto con la citación se debieron remitir todos los medios probatorios que sustentaban la imputación junto con sus anexos, lo cual no puede subsanarse con posterioridad con traslados o con el decreto de pruebas de oficio. Específicamente se refiere al informe de Supervisión que no solamente está constituido por el documento como tal, sino también por sus anexos.

Señala que con el derecho al debido proceso se impone a la Agencia la carga de garantizar, entre otros, el principio de la presunción de inocencia*;* no obstante, cuando la ANI en el marco de la actuación busca acreditar la culpabilidad del Investigado a través de diferentes pruebas, vulnera dicho principio, al igual que el derecho de contradicción.

Así mismo, manifiesta que existió una vulneración del principio de las formas propias de cada juicio, considerando que se han expedido Autos ajenos al procedimiento determinado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, creando una mixtura en el procedimiento.

Además, afirma que en la citación no se indicó que el procedimiento adelantado constituía un trámite de cobro persuasivo o coactivo, y tampoco en la motivación propia del literal a) del referido artículo se estableció un derrotero en donde se confundiera el procedimiento sancionatorio con el reglamento interno de recaudo de cartera del INVIAS.

Por lo anterior, concluye que la ANI no está legitimada para cobrar a título de perjuicio propio valores adeudados a terceros, de lo que se evidencia una confusión de las dos (2) finalidades de la facultad sancionatoria como son: i) conminatoria y ii) imposición de la cláusula penal y/o perjuicios vulnerando los principios de legalidad de las faltas y las sanciones, y *el non bis in idem.*

I.2.2. Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro

El Garante advierte que el pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021, objeto de reproche de la presente actuación, debió realizarse en el mes de febrero de tales anualidades, por lo que en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio la póliza expedida por La Equidad no puede ser afectada por haber transcurrido el término de prescripción ordinaria que opera en este caso, esto es el término de dos (2) años a partir del momento en que la ANI tuvo conocimiento de ello, lo cual se advierte de las distintas comunicaciones expedidas por la Agencia.

Para sustentar este planteamiento trae a colación algunos apartes de sentencias expedidas por la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado en los que se aborda lo relacionado con la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguros.

Dentro de tales pronunciamientos trae a colación la Sentencia proferida el 5 de agosto de 2021, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, radicación interna No. 23158, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez, en la que planteó lo siguiente:

> *"En ese orden, el artículo 1081 del C de Co establece que las acciones derivadas del contrato de seguro prescriben ordinariamente al cabo de dos años, «a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción». Sobre este dies a quo, esta Judicatura ha indicado que*
>
> > *[N]o es dable confundir el siniestro que se configura por el incumplimiento mismo de la obligación garantizada, con el acto administrativo ejecutoriado mediante el cual se declara el incumplimiento y, en consecuencia, se ordena hacer efectiva la garantía. Lo relevante es que el incumplimiento acontezca en la vigencia de la póliza, y la reclamación se surta dentro del plazo previsto en el artículo 1081 del C Co. (sentencia del 10 de julio de 2014, exp. 18723, CP: Hugo Fernando Bastidas B):*
>
> *3.2- En efecto, de acuerdo con la definición de siniestro que establece el artículo 1072 del C de Co, este se corresponde con el acaecimiento del riesgo asegurado, que, para el caso de los seguros de cumplimiento de obligaciones legales, cuya modalidad corresponde a la de ocurrencia, no es otro que incumplir con la obligación legal, la cual, a su vez, en el caso sub examine consiste en no finalizar la importación temporal dentro del plazo autorizado por la Aduana. Desde luego, de cara a declarar el incumplimiento de la obligación aduanera y la consecuente determinación de los tributos aduaneros y sanciones correspondientes, la DIAN debe iniciar un procedimiento administrativo regulado en el Estatuto Aduanero; sin embargo, llevar a cabo dicho procedimiento, si bien habilita a la Administración para obtener las sumas causadas por los conceptos señalados, bien sea directamente del obligado aduanero o del tercero garante, lo cierto es que no constituye el siniestro en sí mismo, pues este debió acaecer en vigencia de la póliza que se quiera afectar, de lo contrario haría inane el contrato de seguro como tipo negocial.*
>
> *Así, aunque el siniestro acontezca de forma anterior a la firmeza de los actos administrativos que, se insiste, son declarativos, no es plausible admitir que estos últimos afecten los términos en que fue pactado el contrato de seguro de acuerdo a la legislación comercial que lo rige, máxime cuando la regulación aduanera no previó de forma especial la manera en cómo se compaginaría la operatividad de la garantía, en la especie de seguro, con el procedimiento administrativo para declarar la ocurrencia de la infracción aduanera que constituye el riesgo asegurado. Así, dicho procedimiento que deriva en la conformación del título para exigir el pago del seguro, está limitado a la aplicación de la figura prescriptiva prevista en la legislación comercial, que, para el caso concreto, no discuten las partes, es la ordinaria de 2 años contenida en el art. 1081 C de Co, en tanto es la única norma que establece el plazo con que cuenta la Administración para poder afectar la póliza de seguro."*

Igualmente, refiere la Sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, radicación interna No. 27454, C.P. Alberto Montaña Plata, en la que señaló lo siguiente:

> *"(…) Como primera medida, debe recordarse que esta Corporación, en varias ocasiones, se ha referido al artículo 1081 del Código de Comercio, que estableció un término de prescripción ordinaria de 2 años para las acciones derivadas del contrato de seguro, y su incidencia cuando la declaratoria de siniestro se produce a través de acto administrativo. Sobre este término, se ha reconocido que corre a partir del momento en que el interesado (como ocurre con la entidad beneficiaria del contrato de seguro que ampara el cumplimiento de un contrato estatal) haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da origen a la acción:*
>
> > *"[…] cuando es un particular el beneficiario del contrato de seguro y el asegurador no lo indemnice a su solicitud, es decir por el mero requerimiento, le corresponde asistir a estrados judiciales, para pedir que se*

declare la obligación del asegurador, es decir que se le reconozca judicialmente que el hecho o siniestro sí se dio y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizarlo […] cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria. Es por esto que cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa; la reclamación así entendida - noticiando al asegurador - tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria es decir dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro".

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

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

I.2.3. Caducidad de la facultad sancionatoria

El Garante expone que, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, el término de caducidad de la facultad sancionatoria es de tres (3) años desde la ocurrencia del incumplimiento y en el caso concreto han acaecido más de los tres (3) años al momento en que se profirió la respectiva decisión, esto es en mayo de 2023. Para fundamentar su argumentación trae a colación apartes de dos (2) sentencias expedidas por el Consejo de Estado.

I.2.4. Naturaleza propia del contrato de seguro

El Garante puntualiza que no se debe confundir el alcance de las garantías de pago que solamente pueden ser constituidas y otorgadas por las entidades bancarias, y las garantías de cumplimiento, siendo esta última la otorgada por la Equidad, la cual simplemente ampara la cláusula penal, multas y perjuicios en el marco de la cláusula penal, siempre y cuando se cumplan los presupuestos propios de los artículos 1596 a 1600 del Código Civil.

En esta línea recuerda que en los términos del Código de Comercio el seguro no es una fuente de enriquecimiento, y por ello solamente el INVIAS es el único llamado a cobrar los valores adeudados, y no la ANI porque no ha sufrido perjuicio alguno.

El Código de Comercio consagra que el lucro cesante y el perjuicio moral están excluidos de todas las coberturas de los contratos de seguros, a menos que exista un pacto expreso entre las partes, y en el caso analizado no es posible exigir a la Garante una cobertura que no fue otorgada.

I.2.5. Agravación del estado del riesgo

El Garante argumenta que con base en lo preceptuado en el artículo 1060 del Código de Comercio, relacionado con la agravación del riesgo, se debe tener en cuenta que en los términos del literal h) de la cláusula 30 del Contrato de Concesión garantizado, hay lugar a la terminación del Contrato como consecuencia del impago de la primera vigencia del pago anticipado cuando se demuestra la

ausencia de la capacidad financiera del Concesionario para que se termine ipso facto el acuerdo de voluntades. Por ello, haber permitido el paso de los años sin que se acredite el respectivo pago, deriva en el crecimiento del problema sin que la ANI haga uso de las propias facultades.

I.2.6. . Límite de la responsabilidad de la Garante

El Garante pone de manifiesto que en el caso de no darse la revocatoria del acto recurrido su responsabilidad sólo debe limitarse al valor de la multa.

2. DE LAS CUESTIONES PRELIMINARES

2.1. De la solicitud de reconsideración presentada por el Concesionario respecto del Auto No. 20237070001736 del 04 de agosto de 2023

El Concesionario, dentro del término de traslado de la prueba incorporada con el Auto del 4 de agosto de 2023, presentó escrito solicitando la reconsideración de lo allí decidido respecto del rechazo de las pruebas peticionadas en el trámite del recurso de reposición.

En dicha solicitud argumentó que, algunos de los planteamientos efectuados en el Auto de pruebas para fundamentar el rechazo de estas constituían una violación al debido proceso teniendo en cuenta que la ANI pretende hacer una lectura individual de las cláusulas contractuales desligando la relación de estas con las condiciones externas expuestas por el Concesionario en el recurso de reposición.

Reitera que el modelo financiero del Contrato fue elaborado partiendo de unas condiciones mínimas que debían ser cumplidas por el Estado, lo cual a la fecha no se ha materializado. Por esta razón, considera necesario reequilibrar el modelo financiero a la realidad de la concesión atendiendo al hecho que la viabilidad financiera está estrechamente relacionada con el cumplimiento de la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1 parágrafo 7.

En lo atinente al riesgo comercial asumido por el Concesionario, este advierte que tal postura desconoce los recientes laudos arbitrales en los que se determina que la asignación de riesgos no es ilimitada, en tanto ello se enmarca en la previsibilidad de estos.

Finalmente, el Concesionario afirma que lo argumentado en el Auto en punto de la prueba relacionada con el plan de abastecimiento de combustible del Departamento de Nariño implica un prejuzgamiento por parte de la Autoridad del procedimiento administrativo sancionatorio, pues ello se traduce en que sin importar el resultado de sus solicitudes probatorias la decisión de la ANI seguiría siendo la de declaratoria del incumplimiento, lo que implica una violación a uno de los elementos esenciales del debido proceso, como lo es el principio de imparcialidad.

En cuanto a lo aquí planteado, este Despacho debe recordar que, tal y como se indicó en el artículo cuarto de ese Auto, contra el mismo no procede ningún recurso de conformidad con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, razón por la cual no resulta procedente la solicitud de reconsideración de lo decidido en el Auto del 4 de agosto de 2023 que tiene como finalidad la modificación de esa decisión, que en los términos del artículo 74[3] de la Ley 1437 de 2011 debe entenderse como un verdadero recurso de reposición.

Con fundamento en lo anterior, no habría lugar a pronunciarse sobre lo argumentado por el Concesionario en la solicitud denominada como reconsideración; pese a ello, este Despacho, con el ánimo garantista que siempre lo caracteriza, considera importante analizar si le asiste razón al apoderado en lo allí esbozado.

En primer lugar, es oportuno advertir que con el rechazo de las pruebas efectuado a través del Auto del 4 de agosto de 2023 no existió vulneración alguna al debido proceso en tanto que, luego de

[3] *"**Artículo 74.** Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:*

1. El de reposición, ante quien expidió la decisión para que la aclare, modifique, adicione o revoque.
(…)"

efectuar el respectivo análisis de estas, y tal y como se explicó en la parte motiva de dicho Auto, las solicitudes probatorias efectuadas por el Concesionario en el recurso de reposición fueron rechazadas, principalmente, porque no cumplían con los requisitos establecidos en el artículo 212 del Código General del Proceso.

En segundo lugar, al estudiar la pertinencia y utilidad de las solicitudes probatorias no se advirtió que las mismas lograran acreditar el cumplimiento de la obligación reprochada ni tampoco alguna circunstancia que diera cuenta de un evento eximente de responsabilidad, en tanto que estas estaban referidas a hechos ajenos al procedimiento sancionatorio, hechos posteriores o que daban cuenta de obligaciones que, contrario a lo afirmado por el Concesionario, no están estrechamente relacionadas con la del pago de la contraprestación, como se evidenciará más adelante en el análisis de los argumentos del recurso.

Respecto al modelo financiero del Contrato y su afectación por el incumplimiento a la obligación de dragado por parte del Estado, en cabeza del INVIAS, este Despacho debe poner de presente que en este trámite no se ha demostrado dicha afectación por incumplimiento alguno del Estado, máxime si tiene en cuenta que esa obligación se encuentra en cabeza del Concesionario, al tenor de lo estipulado en la cláusula 20, numeral 34[4] del Contrato de Concesión.

En lo que concierne al riesgo comercial, se recuerda que este es asumido por el Concesionario de acuerdo con lo establecido en la cláusula 17 del Contrato de Concesión, y en el caso estudiado no se observa que existan circunstancias que rompan el marco de la previsibilidad en que ese riesgo fue considerado. Aunado a ello, es oportuno recordar que el plan de abastecimiento de combustible del Departamento de Nariño, en el que se pretende fundamentar la supuesta imprevisibilidad del riesgo comercial, fue concedido y suspendido a PETRODECOL, sociedad distinta al Concesionario, es decir, a la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A., y respecto de la cual el Contrato de Concesión no previó ningún riesgo por no ser parte de ese acuerdo.

En lo atinente al prejuzgamiento por parte de este Despacho debido al rechazo de las solicitudes probatorias, se debe recordar que dentro de la presente actuación se encontró demostrado que el Concesionario había incumplido su obligación de pago de la contraprestación al INVIAS correspondiente a las anualidades 2020 y 2021, y así fue declarado en la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023.

No obstante, en consideración a que contra la aludida Resolución se interpusieron recursos de reposición, el Despacho analizó las solicitudes probatorias que en el trámite de estos presentó el Concesionario, observando que tales solicitudes no reunían los requisitos legales para su petición, siendo esa razón suficiente para su rechazo. Además, al estudiar la pertinencia y utilidad de las pruebas se evidenció que estas no superaban dicho análisis por los diversos motivos expuestos en el Auto No. 20237070001736 del 4 de agosto de 2023.

De lo anterior, se concluye que la decisión contenida en el Auto del 4 de agosto de 2023 no responde al rompimiento del principio de imparcialidad, como lo afirma el Concesionario, sino que por el contrario la misma atiende al incumplimiento de lo preceptuado en el artículo 212 del Código General del Proceso, aunado a la falta de pertinencia y utilidad de esas solicitudes probatorias.

Finalmente, el Despacho considera importante recalcar que ninguna de las solicitudes probatorias realizadas por el Concesionario con el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución del 23 de mayo de 2023 estaba dirigida a desvirtuar la existencia del incumplimiento declarado en dicha Resolución, ni tampoco a acreditar la existencia de verdaderas causas eximentes de responsabilidad, como se evidenciará en el estudio de los argumentos del recurso, más adelante.

Así las cosas, este Despacho concluye que se rechazará la solicitud de reconsideración y/o recurso de reposición interpuesto contra el Auto No. 20237070001736 del 4 de agosto de 2023.

2.2. De lo relacionado con la imposición de perjuicios

---

[4] *"CLÀUSULA 20. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO*
(…)
34. Efectuar las obras de mantenimiento necesarias para la operación normal del Terminal Portuario, tales como dragados o relimpias en las zonas de aguas accesorias y de maniobra comprendida dentro de la zona de uso público entregada en concesión durante toda la vigencia del contrato."

En el caso estudiado se advierte que el numeral cuarto de la parte resolutiva de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 ordenó lo siguiente:

> ***"CUARTO. CUANTIFICAR E IMPONER*** *los perjuicios derivados del no pago de la contraprestación al INVIAS a partir del incumplimiento declarado, los cuales corresponden al valor adeudado por el Concesionario de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 y los intereses moratorios causados, en la suma de* ***SEIS MIL DOSCIENTOS OCHO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS CUATRO PESOS CON DIECISÉIS CENTAVOS ($6.208.579.704,16),*** *los cuales corresponden al* ***INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVIAS."***

Lo anterior, como consecuencia de la acreditación del incumplimiento del Concesionario a su obligación de pago de la contraprestación al INVIAS correspondiente a los años 2020 y 2021. Los perjuicios cuantificados e impuestos en la mencionada Resolución responden al monto del valor adeudado por la contraprestación al INVIAS por esos años, más los intereses moratorios.

Es oportuno recordar que esta actuación sancionatoria tiene como fundamento conminar al Concesionario para que dé cumplimiento a su obligación de pago de la contraprestación al INVIAS, para las anualidades 2020 y 2021. En lo concerniente a este tipo de actuaciones es oportuno recordar lo que el Consejo de Estado ha planteado, así:

> *"En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (i) pecuniarias, como la efectividad de las cláusulas penales; (ii) rescisorias, que le permiten a la administración sancionar a su contratista y poner fin al contrato en razón del incumplimiento total y grave de las obligaciones a cargo de este último, como el decreto de la caducidad del contrato y (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas.*
>
> *Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compeler o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. (…)"*[5]*. (Subrayas del Despacho)*

Aunado a ello, ha explicado que *"Las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo."*[6] *(Subrayas del Despacho)*

De conformidad con los extractos jurisprudenciales traídos a colación, se concluye que el objetivo de las actuaciones conminatorias es el cumplimiento por parte del contratista de aquellas obligaciones que se encuentran presuntamente incumplidas, siempre y cuando el respectivo contrato se encuentre vigente.

Así mismo, 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. (…)".* De ello se advierte que en el caso bajo estudio esta Agencia no sólo es competente para conminar el cumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación al Concesionario, sino también para imponer y cuantificar los perjuicios, en tanto los mismos se encuentran demostrados.

Pese a lo señalado previamente, el Despacho debe poner de presente que en esta actuación sancionatoria se encuentra demostrado que el INVIAS emitió el Auto No. 051 del 6 de mayo de 2021, mediante el cual se libró mandamiento de pago contra la Sociedad Portuaria Regional

[5] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 2157 del 10 de octubre de 2013, C.P. ALVARO NAMEN VARGAS.
[6] Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, radicado 28875 del 10 de septiembre de 2014, C.P. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Tumaco Pacific Port S.A. por el cobro del dinero adeudado por la contraprestación de los años 2020 y 2021, al igual que por los intereses moratorios.

Teniendo en cuenta esta situación, y toda vez que el INVIAS como directo afectado del incumplimiento de la obligación aquí reprochada ya inició un trámite de cobro coactivo por el valor de los perjuicios impuestos en el numeral cuarto de la parte resolutiva de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, este Despacho, a efectos de no incurrir en un doble cobro, no puede continuar persiguiendo los perjuicios sufridos por el INVIAS, en tanto el propio INVÍAS, con el proceso de cobro que ha iniciado, ya está persiguiendo el pago de esos perjuicios, por lo cual se ordenará en este acto administrativo revocar la imposición de los perjuicios y, en consecuencia, en aplicación del principio de economía contemplado en el numeral 12 del artículo 3[7] del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), se abstendrá de pronunciarse sobre los argumentos planteados por los Recurrentes relacionados con los perjuicios que fueran impuestos en el acto recurrido.

Resulta en todo caso necesario señalar que el hecho de que no se cobren en esta actuación los perjuicios, en tanto los mismos corresponden al valor adeudado por el Concesionario al INVÍAS, y el INVÍAS ya los está cobrando en una actuación de cobro coactivo, de ningún modo significa que no haya lugar a la imposición de la multa prevista en el contrato, precisamente por cuanto la multa se impone en razón a la persistencia de un incumplimiento en el pago de la contraprestación, y tan claro es que ese incumplimiento persiste, que el INVÍAS tuvo que iniciar proceso de cobro coactivo al Concesionario, a efectos de lograr el recaudo de dicha contraprestación.

2.3. De la corrección de los errores de digitación contenidos en la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en su artículo 45 contempla la corrección de los errores formales, en los siguientes términos:

> ***"Artículo 45. Corrección de errores formales****. En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda."*

En aplicación de ese artículo este Despacho precisa que el Contrato al que se hizo alusión en la página 18 de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 es el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, y así se declarará en la parte resolutiva de este acto administrativo.

3. DEL ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS

3.1. Argumentos del Concesionario

3.1.1. Indebida cuantificación de la multa

En este argumento el Concesionario plantea que, el valor de la multa debe calcularse con base en el 1% del valor de la contraprestación anual mas no en el 1% de los valores presuntamente adeudados, y que por esa razón la Agencia erró al sumar el valor de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 para establecer el monto de la multa impuesta.

---

[7] *"**Artículo 3°. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*
(…)

12. En virtud del principio de economía, las autoridades deberán proceder con austeridad y eficiencia, optimizar el uso del tiempo y de los demás recursos, procurando el más alto nivel de calidad en sus actuaciones y la protección de los derechos de las personas."

Frente a este planteamiento es necesario recordar que el literal b) de la cláusula 23 del Contrato de Concesión No. 002 de 2017, estipula que se podrá imponer multa al Concesionario *"Por no cumplir con el pago de la contraprestación de que trata la cláusula 13 del presente contrato, en la cuantía y fecha indicada en el mismo, se causará una multa por incumplimiento, equivalente al 1% del valor de la contraprestación anual, sin perjuicio de los intereses de mora pactados en el presente contrato."*

Del literal previamente transcrito se advierte que en efecto el valor de la multa por el no pago de la contraprestación corresponde al 1% del valor de la contraprestación anual. En este caso, no se puede desconocer que el presente trámite sancionatorio se originó por el presunto incumplimiento del Concesionario en el pago de la contraprestación, pero no de una sola anualidad sino de dos, por ese motivo el cálculo de la respectiva multa se realizó tomando como base el valor de la contraprestación de cada una de las anualidades adeudadas, tal y como se observa de la página 41 de la Resolución recurrida, así:

RESUMEN LIQUIDACIÓN DEUDA POR CONTRAPRESTACIÓN ANUALIDADES 2020 Y 2021			
CONCEPTO	**Total Nación**	**Total Municipio**	**Total Contraprestación Anual**
Deuda por Contraprestación anualidad 2020	USD 461.485,10		**USD 461.485**
Deuda por Contraprestación anualidad 2021	USD 417.911,65		**USD 417.912**
CONTRAPRESTACION PENDIENTE POR PAGAR VIGENCIAS 2020 Y 2021	**USD 879.396,75**	**USD 0,00**	**USD 879.396,75**
TOTAL PAGADO VIGENCIAS 2020 Y 202	USD -		**USD 0,00**
TOTAL ADEUDADO EN USD	**USD 879.396,75**	**USD -**	**USD 879.396,75**

Fuente: Hoja "MULTA POR CONTRAPRESTACION", Archivo Excel: "MULTA CONTR SPTPP 2020-2021 (31-08.2022)"

El monto anterior no incluye intereses moratorios, los cuales en todo caso han sido informados al Concesionario y a las Entidades recaudadoras, tal como se manifestó en las solicitudes al puerto.

Teniendo en cuenta el saldo en capital, el valor de la multa se estima así:

ESTIMACION DE LA MULTA A 31 DE AGOSTO DE 2022	
TOTAL DEUDA POR CONTRAPRESTACION	USD 879.396,75
TASA MULTA	1%
VALOR DE LA MULTA A AGTO. 31 DE 2022	**USD 8.794,00**

Fuente: Hoja "MULTA POR CONTRAPRESTACION", Archivo Excel: "MULTA CONTR SPTPP 2020-2021 (31-08.2022)"

De lo anterior se advierte que el monto de la multa impuesta fue calculado tomando el 1% del valor de la contraprestación anual; sin embargo, como ya se dijo, en este caso el Concesionario incumplió su obligación de pago de la contraprestación de dos anualidades, por lo que la multa impuesta debía calcularse con base en el 1% del valor de cada una de estas, en cumplimiento de lo pactado en el literal b) de la cláusula 23 del Contrato de Concesión No. 002 de 2017, tal y como se ordenó en el numeral tercero de la parte resolutiva de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023.

Además, conviene agregar que aunque desde la citación se puso de presente como la Agencia estaba estimando el valor de la multa que sería impuesta en caso de acreditarse el incumplimiento reprochado, ninguno de los Convocados se pronunció sobre error alguno en la forma en que se estaba efectuando el cálculo de la multa.

De ello se concluye que, contrario a lo afirmado por el Concesionario, no hay ningún error en la cuantificación de la multa impuesta y, por ende, lo aquí argumentado no resulta de recibo.

Finalmente, aunque el argumento analizado no prosperó, respecto de la solicitud de nulidad del procedimiento, este Despacho considera necesario recordar que, si bien los procedimientos administrativos sancionatorios contractuales se rigen por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley

1474 de 2011, norma especial, es claro que todo lo no preceptuado en la indicada disposición y que sea consecuente con la finalidad de dichas actuaciones, se aplicará la parte primera del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), por disposición expresa del artículo 47 de dicho estatuto.

En efecto, establece la referida norma lo siguiente:

> ***"ARTÍCULO 47. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO.*** *Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes.*
> *(…)*
>
> ***PARÁGRAFO 1o.*** *Las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia.*
> *(…)"* (Subrayas fuera del texto).

Siendo clara la aplicación de la parte primera del CPACA a la presente actuación administrativa sancionatoria, en lo no dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe señalarse que en tanto el artículo 86 nada dispone respecto de la forma de corregir o sanear la actuación, resulta aplicable lo dispuesto en el indicado CPACA para las actuaciones administrativas en general.

En efecto, dicha codificación permite a la autoridad administrativa corregir las irregularidades que se presenten en la actuación administrativa, tomando las medidas necesarias para concluirla. Es así como el artículo 3 numeral 11 del CPCA establece:

> *"**Artículo 3°. Principios.** Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la*
> *Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.*
>
> *Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido*
> *proceso, igualdad, imparcialidad, buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia,*
> *publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.*
> *(…)*
>
> *11. En virtud del principio de eficacia, las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán decisiones inhibitorias, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa"* (Subrayas fuera del texto).

Se hace necesario puntualizar que, a diferencia del Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo -CCA), en el cual se establecía la posibilidad de sanear las nulidades[1], la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA) reemplazó dicha posibilidad por la de corregir las irregularidades que se presenten dentro del desarrollo de las actuaciones administrativas. Significa lo anterior que, en el procedimiento administrativo, tanto el general como el sancionatorio, incluido el contractual, las nulidades se reemplazaron por las irregularidades.

Precisamente, el CPACA introdujo en el artículo 41 la forma en que las autoridades administrativas deben sanear las irregularidades que se presenten en las actuaciones surtidas por ellas, así:

> *"**Artículo 41. Corrección de irregularidades en la actuación administrativa.** La autoridad, en cualquier momento anterior a la expedición del acto, de oficio o a petición de parte, corregirá las irregularidades que se hayan presentado en la actuación*

administrativa para ajustarla a derecho, y adoptará las medidas necesarias para concluirla."

Es por lo anterior que esta Coordinación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 numeral 11 y el artículo 41 del CPACA, en caso de ser necesario tomaría las medidas necesarias para corregir las irregularidades que se pudieran presentar en la actuación, con el fin de concluirla conforme a derecho.

Ahora bien, el hecho que la Administración pueda corregir irregularidades en lugar de sanear nulidades tiene varios efectos prácticos muy importantes, en punto a la celeridad y menor rigurosidad de la que están investidas las actuaciones administrativas, en comparación con las judiciales. Entre esos efectos se deben destacar los siguientes:

Las irregularidades no son taxativas.

Esto permite a la autoridad administrativa no estar sujeta a las causales de nulidad que, como se sabe, son taxativas y, en consecuencia, puede corregir cualquier situación irregular que se presente en la actuación, tomando las medidas necesarias para enderezarla, sin la restricción que imponía la nulidad en cuanto a que la situación existente debía encontrarse tipificada en una de las respectivas causales.

- **La decisión sobre las irregularidades no admite recurso**.

Mientras la decisión sobre una nulidad bien sea negarla o decretarla, es un acto susceptible de los recursos de reposición y apelación, el auto que resuelve sobre las irregularidades no está sujeto a recurso. Esto es así, por cuanto el procedimiento administrativo prevé los recursos únicamente cuando se trata de decisiones definitivas, es decir, las que resuelven sobre el fondo del asunto o hacen imposible continuar con la misma; por lo cual no proceden recursos contra la decisión de rechazar una solicitud de corrección de irregularidad y tampoco contra la decisión de corregir una irregularidad.

- **El trámite de las solicitudes de corrección de irregularidades no es tan formal como el de las nulidades.**

Tal como lo dispone el artículo 41 del CPACA ya transcrito, la autoridad administrativa debe corregir las irregularidades que se presenten en la actuación, pero podrá hacerlo en cualquier momento, siempre que sea anterior a la expedición del acto que resuelva la actuación y, además, para esa corrección podrá adoptar las medidas que considere necesarias.

Lo anterior significa que, a diferencia del trámite de las nulidades, el cual es reglado en tanto requiere tramitarse mediante incidente y también resolverse dentro de la misma etapa procesal en que ocurre, las irregularidades pueden atenderse en cualquier momento, se reitera, anterior a la expedición del acto que resuelva la actuación y sin necesidad de incidente, pudiendo la autoridad tomar todas las medidas que considere necesarias para corregir la irregularidad que se advierta.

Hechas las anteriores precisiones, se advierte que tampoco es procedente la solicitud de nulidad de la actuación.

Aunado a ello es importante señalar que, en la presente actuación no se ha configurado situación alguna que fundamente la existencia de una irregularidad, pues en todo el trámite de este procedimiento sancionatorio se ha garantizado a los Convocados el ejercicio de su derecho al debido proceso y, tal y como se evidenció en el análisis de este argumento, no existe una indebida tasación de la multa impuesta que vulnere derecho alguno de estos.

Así las cosas, el argumento analizado no prospera.

3.1.2. Vulneración al debido proceso por modificación de la sanción

Aquí el Concesionario afirma que existió un desconocimiento a la cláusula 23 del Contrato de Concesión y una vulneración al debido proceso con la prueba decretada en el Auto No. 2022707002046 del 16 de agosto de 2022, en la que se solicitó la actualización del valor de la

multa y los perjuicios en caso de persistir el presunto incumplimiento, con posterioridad a la rendición de los descargos.

Para abordar el análisis de este argumento, es oportuno recordar que con el aludido Auto se ordenó de oficio, entre otras, la práctica de una prueba consistente en solicitar al Equipo de Supervisión realizar un pronunciamiento sobre los siguientes aspectos: i) Si a la fecha el Concesionario había allegado a la ANI algún acuerdo de pago respecto de las vigencias 2020 y 2021 que impactara el presunto incumplimiento objeto de reproche en la presente actuación; ii) El estado actualizado del presunto incumplimiento relacionado con el pago de la contraprestación respecto de los años 2020 y 2021 al Municipio de Tumaco y al INVÍAS y; iii) En caso de persistir el presunto incumplimiento, actualizar el valor de la posible multa a imponer y los perjuicios presuntamente causados.

La anterior prueba fue contestada por el Equipo de Supervisión mediante el Memorando No. 20223080105903 del 31 de agosto de 2022, el cual fue incorporado y trasladado a los Convocados con el Auto No. 20227070002596 del 21 de octubre de 2022. Dicho Auto fue notificado a los correos electrónicos autorizados para tal fin por los Convocados el día 21 de octubre de 2022.

Así mismo, se debe señalar que en el Oficio No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021, por medio del cual se citó al Concesionario y a su Garante a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para dar inicio a la presente actuación, en el párrafo final del numeral quinto correspondiente a la *"CUANTIFICACIÓN DE LA MULTA A IMPONER Y/O TASACIÓN DE PERJUICIOS"* se precisó que, *"Dicho valor, de no cesar el presunto incumplimiento, será actualizado al momento de expedirse el acto administrativo que declare ese presunto incumplimiento."*

Teniendo como fundamento el párrafo previamente transcrito, este Despacho solicitó al Equipo de Supervisión que, en caso de persistir el presunto incumplimiento se remitiera una actualización de la multa y de los perjuicios, además dicha respuesta fue trasladada a los Citados por un término de tres (3) días contados a partir del día siguiente a la notificación del Auto que incorporó dicha prueba, en aras de garantizar el derecho al debido proceso, especialmente los derechos de defensa y contradicción, del Concesionario y el Garante.

No obstante, tanto el Concesionario como el Garante guardaron silencio sobre los documentos incorporados con el Auto No. 20227070002596 del 21 de octubre de 2022, incluyendo el Memorando No. 20223080105903 del 31 de agosto de 2022. De ello se advierte que, aunque dicha prueba fue decretada con posterioridad a la rendición de los descargos por parte de los Convocados, contrario a lo manifestado por el Concesionario, con el traslado se les garantizó el ejercicio de su derecho al debido proceso, a la defensa y a la contradicción.

Igualmente, no se evidencia cómo el decreto de la prueba aquí aludida haya podido desconocer lo estipulado en el literal b) de la cláusula 23 del Contrato de Concesión, que determina el valor de la multa, cuando con la misma simplemente se solicitó la actualización del valor de la posible multa que habría de imponerse en caso de persistir la existencia del presunto incumplimiento.

En punto al principio de legalidad, es importante traer a colación lo explicado por la Corte Constitucional sobre ese principio, en los siguientes términos:

> *"1. El principio constitucional de la legalidad tiene una doble condición de un lado es el principio rector del ejercicio del poder y del otro, es el principio rector del derecho sancionador.*
>
> *Como principio rector del ejercicio del poder se entiende que no existe facultad, función o acto que puedan desarrollar los servidores públicos que no esté prescrito, definido o establecido en forma expresa, clara y precisa en la ley. Este principio exige que todos los funcionarios del Estado actúen siempre sujetándose al ordenamiento jurídico que establece la Constitución y lo desarrollan las demás reglas jurídicas.*
>
> *La consagración constitucional del principio de legalidad se relaciona con dos aspectos básicos y fundamentales del Estado de derecho: con el principio de división de poderes en el que el legislador ostenta la condición de representante de la sociedad como foro político al que concurren las diferentes fuerzas sociales para el*

debate y definición de las leyes que han de regir a la comunidad. Y de otro lado, define la relación entre el individuo y el Estado al prescribir que el uso del poder de coerción será legítimo solamente si está previamente autorizado por la ley. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa.

Su posición central en la configuración del Estado de derecho como principio rector del ejercicio del poder y como principio rector del uso de las facultades tanto para legislar -definir lo permitido y lo prohibido- como para establecer las sanciones y las condiciones de su imposición, hacen del principio de legalidad una institución jurídica compleja conforme a la variedad de asuntos que adquieren relevancia jurídica y a la multiplicidad de formas de control que genera la institucionalidad."[8]

De lo precisado por la Corte Constitucional se advierte que el principio de legalidad condiciona el ejercicio del poder y del derecho sancionador, haciendo que previamente se determine por la Ley las conductas que pueden ser objeto de reproche y las sanciones que habría lugar a imponer como consecuencia de las primeras.

En este caso se evidencia que tanto la obligación incumplida como la multa a la que el Concesionario se vería sometido fue estipulada previamente por las Partes en el clausulado del Contrato de Concesión No. 002 de 2017, específicamente la cláusula 20, numeral 3, en concordancia con la cláusula 13, numeral 13.1, parágrafo 7, y el literal b) de la cláusula 23.

En suma, se debe anotar que este procedimiento se surtió cumpliendo lo determinado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Del mismo modo, es oportuno indicar que, aunque el valor de la multa impuesta varió respecto de lo consignado en el Oficio de citación (USD 9.162,13), esta modificación favoreció al Concesionario en tanto el valor de esta disminuyó de cara a la multa impuesta en la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 (USD 8.794,00), aunque se insiste que desde la Citación se previó que la estimación del valor de la multa podría variar, razón por la que no se observa vulneración alguna al principio de legalidad y tampoco hay lugar al reconocimiento de nulidad alguna.

En conclusión, el argumento estudiado no prospera.

3.1.3. Fuerza mayor e incumplimiento

3.1.3.1. <u>COVID – 19</u>

En este argumento el Concesionario manifiesta que el COVID – 19 constituye un eximente de responsabilidad de cara a la obligación objeto de reproche. Para abordar su análisis resulta oportuno referir lo expuesto por el Despacho en el análisis de este mismo argumento en la Resolución recurrida, así:

"Además, de dichos Decretos se advierte que el primero de ellos fue expedido el 23 de marzo de 2020, fecha para la cual el Concesionario ya debía haber dado cumplimiento a su obligación de pago de la contraprestación de la anualidad 2020 en la medida que, en los términos del parágrafo séptimo de la cláusula décimo tercera, él debía pagar dicha contraprestación a finales del mes de febrero de 2020, época para la cual no se había declarado el COVID-19 como pandemia ni en el país se habían adoptado medidas para su mitigación.

Igualmente, este Despacho debe señalar que a través del Decreto 1076 del 28 de julio de 2020, "Por el cual se imparten instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por la pandemia del Coronavirus COVID-19, y el mantenimiento del orden público", se ordenó por última vez el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de la República de Colombia, a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 1 de agosto de 2020, hasta las cero horas (00:00) del día 1 de septiembre de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

Además, con el Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020 se impartieron instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19, y se decretó el aislamiento

[8] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 701 del 5 de julio de 2001. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

selectivo con distanciamiento individual responsable, con lo cual los ciudadanos colombianos a partir del 1 de septiembre de 2020 pudieron retornar poco a la normalidad.

Aunado a ello, es oportuno recordar que dada la naturaleza del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, y como ya se ha indicado, en los términos de la cláusula décimo séptima se estableció que el Concesionario asumía la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato, y aunque se advierte la excepcionalidad de la situación derivada por la pandemia del COVID – 19, es importante anotar que en la presente actuación no se acreditó que el incumplimiento de la obligación reprochada fuera consecuencia de dicha circunstancia, sino que por el contrario se demostró que el incumplimiento se ocasionó con anterioridad a la declaración de la pandemia del COVID -19 (finales del mes de febrero de 2020 respecto de la anualidad 2020) y con posterioridad a que se terminaran los aislamientos preventivos obligatorios en septiembre de 2020 (finales del mes de febrero de 2021 respecto de la anualidad 2021).

Sobre este aspecto, es preciso señalar que para la prosperidad del argumento analizado se encontraba en cabeza del Concesionario la demostración de los siguientes elementos probatorios: (i) que la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. se vio afectada en sus ingresos o que tuvo que incurrir en gastos adicionales y; (ii) que dicha afectación pudo tener lugar por efecto de la pandemia COVID 19; la carga demostrativa debía girar entorno de los requisitos exigidos jurídicamente para tal efecto, los cuales, se reitera, no fueron demostrados por el Concesionario.

En este punto, vale la pena señalar lo manifestado por el Laudo Arbitral en el que se dirimieron las controversias jurídicas suscitadas entre SPRBN y la ANI, en lo que concierne al COVID 19 como justificación de un incumplimiento, así:

> *"Aun cuando podría tenerse por demostrado en su espectro general, al ser un hecho ampliamente conocido, la innegable realidad que trajo consigo la pandemia y las dificultades que buena parte del sector productivo, incluido el portuario, tuvo que afrontar por efectos del COVID- 19, situación que además quedó acreditada del dicho de algunos de los declarantes y de las consideraciones generales que en este sentido se recopilaron de los dictámenes periciales, lo cierto, también, es que no encuentra el Tribunal que haya quedado acreditada de manera suficiente, explicita e irrefutable la alegada disminución de la carga -a parte del dicho de la propia concesionaria-, y menos aún, como era menester, del efecto negativo que pudo tener frente a los ingresos percibidos, atribuibles a una u otro a los efectos de la pandemia; y, en cambio, el Tribunal encuentra razonable y admisible entender que existieron otros motivos, como también quedo acreditado a través las pruebas periciales, aportadas, que venían afectando de tiempo atrás -e incluso simultáneamente durante el tiempo de la pandemia- la participación de la SPRBUN en el mercado portuario y, por lo mismo, el volumen de carga por ésta transportado, con independencia de la órbita patrimonial -de la Contratante o del Concesionario- en la que deben asumirse lo efectos económicos correspondientes.*

Del laudo, cabe resaltar que, aunque es suficientemente conocido el COVID 19 y las consecuencias generadas por este, en el marco de la ejecución de un contrato estatal, especialmente de cara a la exoneración del cumplimiento de las obligaciones del mismo, no basta con traer a colación la concreción de esa pandemia, sino que también es necesario que se acredite que el incumplimiento ha sido producto del COVID.

Con base en ello y en lo previamente transcrito, se colige que en la presente actuación el Concesionario no demostró que el incumplimiento del pago de la contraprestación al INVIAS para las anualidades 2020 y 2021 se encontrara directamente relacionado con los efectos del COVID - 19, y tampoco probó efectos adversos que impidieran razonablemente el cumplimiento de la obligación respecto de tales anualidades."[9]

[9] Página 36 y ss de la Resolución recurrida.

Con base en lo previamente transcrito y de cara a este argumento, el Despacho insiste en que se encuentra acreditado que el Concesionario incurrió en el incumplimiento reprochado con anterioridad a la declaratoria de la emergencia como consecuencia del COVID – 19, al igual que las medidas restrictivas del derecho a la libre circulación cesaron el 1 de septiembre de 2020, fecha precedente al vencimiento del plazo para el pago de la contraprestación de la segunda anualidad debatida, esto es el año 2021, motivo por el cual no se evidencia la configuración de una fuerza mayor y/o caso fortuito que exima al Concesionario del cumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación.

Del mismo modo, se insiste en que si bien es cierto el COVID -19 constituye un hecho notorio que no requiere de prueba alguna que lo demuestre, no es menos cierto que para que se configure una circunstancia eximente de responsabilidad derivada de este, sí es necesario que quien la alega acredite que ha sufrido una afectación y que la misma es consecuencia de la pandemia.

En el presente caso, el Concesionario alega que sus ingresos se vieron disminuidos como consecuencia de las medidas de restricción de la movilidad impuestas a los ciudadanos para el manejo del COVID – 19 en el país, lo cual le habría ocasionado una disminución en la principal carga que moviliza en el Puerto, como son los hidrocarburos, pese a ello no se allegó ni se solicitó la práctica de prueba alguna que demostrara que durante las anualidades 2020 y 2021 sus ingresos se vieron disminuidos por causa de la mencionada pandemia.

Así las cosas, el Despacho colige que este argumento no prospera.

3.1.3.2. *Suspensión del Plan de Abastecimiento*

En el presente argumento, el Concesionario señala que hubo una afectación en el cumplimiento de la obligación reprochada como consecuencia de la acción popular interpuesta en noviembre de 2018 y que ocasionó la suspensión y, posterior cesación de los efectos de la Resolución con la cual el Ministerio de Minas y Energía incluyó a PETRODECOL como parte del Plan de Abastecimiento del Departamento de Nariño y le otorgó el primer orden de prelación para la distribución del combustible, en tanto se le impidió al Concesionario la explotación normal de la infraestructura, particularmente lo relacionado con el transporte de hidrocarburos.

De cara a este planteamiento el Despacho reitera que, al verificar las piezas procesales de la acción popular obrantes en el expediente, se observó que dentro de dicha acción no se hizo parte el Concesionario, de lo que se advierte que en ningún momento tal acción ha entorpecido el giro normal de su funcionamiento ni le ha generado afectación alguna.

Tanto así que, pese a que desde el 18 de diciembre de 2018 se ordenó la suspensión provisional de los efectos de la Resolución No. 311031 del 29 de diciembre de 2017[10] como medida cautelar en la acción popular, de acuerdo con las pruebas que obran en el expediente, no se encuentra acreditado la existencia de solicitud alguna con la que el Concesionario pretendiera la modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, ni tampoco de una medida a ser adoptada en la ejecución del Contrato para el cumplimiento de sus obligaciones, específicamente la relacionada al pago de la contraprestación, como consecuencia de la suspensión del Plan de Abastecimiento de Nariño.

Así mismo, se insiste que la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A. es una persona diferente a PETRODECOL considerando que cada una tiene su propio Número de Identificación Tributaria (NIT) y objetos sociales distintos, y por ende se entiende que lo decidido en la aludida acción popular afecta a PETRODECOL y no al Concesionario.

Por lo antes expuesto, el Despacho colige que en este trámite no se encuentra probado que haya existido un impedimento en la utilización y/o explotación de la infraestructura concesionada, al punto que el Concesionario no ha empleado ninguna medida para lograr un cambio en las condiciones de la concesión otorgada, derivada de la suspensión del Plan de Abastecimiento del Departamento de Nariño en el que se incluyó a PETRODECOL en el primer orden de prelación para la distribución del combustible.

[10] Resolución, expedida por el Ministerio de Minas y Energía, con la que se incluyó a PETRODECOL en el Plan de Abastecimiento para el Departamento de Nariño como distribuidor mayorista en el primer orden de prelación.

De otra parte, en lo atinente a que se debe reequilibrar el modelo financiero contractual teniendo en cuenta que la carga considerada en la proyección de ese modelo contemplaba los combustibles de acuerdo con el plan de distribución de combustible para el Departamento de Nariño, este Despacho pone de presente que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre lo aquí afirmado por el Concesionario, desconociendo lo preceptuado en el artículo 167 del CGP en cuanto a que las partes deben probar los hechos que invocan las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, por lo que este planteamiento no es más que una mera afirmación carente de prueba.

En suma, este Despacho considera oportuno traer a colación lo que la jurisprudencia ha indicado sobre lo que implica el desequilibrio económico del contrato y las consecuencias que este genera, en los siguientes términos:

> *"(…) En virtud del principio de la ecuación financiera o equilibrio económico del contrato se persigue que la correlación existente al tiempo de su celebración entre las prestaciones que están a cargo de cada una de las partes del contrato, permanezca durante toda su vigencia, de tal manera que a la terminación de éste, cada una de ellas alcance la finalidad esperada con el contrato.*
>
> *Las partes, al celebrar un contrato estatal, estiman beneficios y asumen determinados riesgos financieros que forman su ecuación económica o financiera, la cual debe preservarse durante su cumplimiento, sin que, en manera alguna, se trate de un equilibrio matemático, sino de una equivalencia razonable que preserve la intangibilidad de las prestaciones, no desconociendo, por supuesto, los riesgos contractuales que jurídicamente les incumba a ellas asumir, ni siendo indiferente la conducta asumida por las partes durante su ejecución.*
>
> *El principio del equilibrio financiero del contrato, medular en el régimen jurídico de la contratación pública, consiste, entonces, en garantizar el mantenimiento de la igualdad o equivalencia entre derechos y obligaciones surgidos al momento de proponer o de contratar, según el caso, de manera que si se rompe por causas sobrevinientes, imprevisibles y no imputables a quien resulte afectado, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento, so pena de incurrir en una responsabilidad contractual tendiente a restituir tal equilibrio.*
>
> *De tiempo atrás la doctrina y la jurisprudencia, anteponiendo al principio pacta sunt servanda el principio rebus sic stantibus, ha manifestado que ante la ruptura del equilibrio económico del contrato, el contratista tiene derecho a exigir su restablecimiento, pues no obstante que debe asumir el riesgo normal y propio de cualquier negocio, ello no incluye el deber de soportar un comportamiento del contratante o circunstancias ajenas que lo priven de los ingresos y las ganancias razonables que podría haber obtenido, si la relación contractual se hubiese ejecutado en las condiciones inicialmente convenidas.*
>
> *Ahora bien, no cualquier trastorno o variación de las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, constituyen rompimiento del equilibrio económico del mismo, existiendo siempre unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él. De acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, la ecuación económico financiera del contrato puede verse afectada o sufrir menoscabo, por:*
>
> *a) Actos o hechos de la entidad administrativa contratante, como cuando no cumple con las obligaciones derivadas del contrato o introduce modificaciones al mismo -ius variandi, sean éstas abusivas o no.*
>
> *b) Actos generales de la administración como Estado, o "teoría del hecho del príncipe", como cuando en ejercicio de sus potestades constitucionales y legales, cuya voluntad se manifiesta mediante leyes o actos administrativos de carácter general, afecta negativamente el contrato.*

c) Factores exógenos a las partes del negocio, o "teoría de la imprevisión", o "sujeciones materiales imprevistas", que involucran circunstancias no imputables al Estado y externas al contrato pero con incidencia en él.

En todos estos eventos surge la obligación de la administración contratante de auxiliar al contratista colaborador mediante una compensación -llevarlo hasta el punto de no pérdida- o nace el deber de indemnizarlo integralmente, según el caso y si se cumplen los requisitos señalados para cada figura. (…)"[11] *(Subrayas del Despacho)*

De conformidad con el aparte jurisprudencial previamente transcrito, se evidencia que el equilibrio económico del contrato implica una equivalencia razonable que preserva la intangibilidad de las prestaciones, sin desconocer los riesgos contractuales que jurídicamente debe asumir cada una de las partes, pero en ningún momento se traduce en un equilibrio matemático. Así mismo, cuando se presenta el desequilibrio económico del contrato, ello genera la obligación para la entidad estatal de restablecer el respectivo equilibrio a través de 2 maneras: i) indemnización integral de los perjuicios causados y ii) reconocimiento de los mayores costos en los que se incurrió.

Pero además, con base en el anterior pronunciamiento se advierte que, aunque se hubiera acreditado un rompimiento del equilibrio del modelo financiero del Contrato como consecuencia de la suspensión del Plan de Abastecimiento del Departamento de Nariño, situación que no ocurrió en el presente caso, ello no exime al Concesionario del cumplimiento de la obligación del pago de la contraprestación que se reprocha en esta actuación, sino que simplemente daría lugar al reconocimiento de los mayores costos o a una indemnización integral.

Por todo lo expuesto este argumento no prospera.

3.1.3.3. *Falta de dragado de mantenimiento y profundización del canal de acceso*

En este argumento el Concesionario señala que, como consecuencia del incumplimiento a la obligación de dragado del canal de acceso al Puerto por parte del Estado, en cabeza del INVIAS, él se ha visto afectado debido a la imposibilidad de la entrada de grandes embarcaciones.

Sobre este planteamiento, lo primero que se debe indicar es que el Concesionario deriva la obligación del dragado en cabeza del INVIAS de lo establecido en el artículo 1 y el parágrafo 1 del artículo 7 de la Ley 1 de 1991, los cuales ponen en cabeza de la Nación la obligación del mantenimiento y, por ende, del dragado de los puertos.

En este punto, es necesario recordar que el parágrafo 1 del artículo 7 de la Ley 1 de 1991 determina que *"La contraprestación que reciba la Nación por concepto de zonas de uso público e infraestructura a través del Instituto Nacional de Vías, Invías, o quien haga sus veces, se destinará especialmente a la ejecución de obras y mantenimiento para la protección de la zona costera, dragado de mantenimiento y/o profundización, construcción y/o mantenimiento de estructuras hidráulicas de los canales de acceso* ***a todos los puertos a cargo de la Nación****, para el diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, férrea, acuático y fluvial a los puertos del respectivo distrito o municipio portuario y a las obras de mitigación ambiental en el área de influencia tanto marítima como terrestre." (Subrayas del Despacho)*

De la norma previamente transcrita se concluye que, tal y como lo manifiesta el Concesionario, la obligación de dragado del canal de acceso del Puerto de Tumaco se encuentra en cabeza del INVIAS, obligación que debe ser cumplida con los recursos que son percibidos por esa Entidad como consecuencia del pago de la contraprestación.

Sin embargo, se debe resaltar que con la argumentación estudiada el Concesionario pretende acreditar la existencia de un eximente de responsabilidad consistente en la imposibilidad del ingreso al Puerto de las grandes embarcaciones dadas las condiciones del canal de acceso.

[11] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección B. Sentencia del 28 de junio de 2012. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Radicación número: 13001-23-31-000-1996-01233-01(21990)

Sobre este punto, es oportuno recordar que, el artículo 167 del Código General del Proceso (CGP) preceptúa que *"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen."* Pese a ello, es necesario señalar que dentro de la actuación no obra ninguna prueba que acredite el hecho referido a que en el Puerto concesionado grandes embarcaciones han intentado atracar en el período que es objeto de reproche en esta actuación, pero que ello no ha sido posible dadas las condiciones del canal de acceso.

Al respecto, vale la pena traer a colación un pronunciamiento de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en relación con la carga de la prueba, en la que se planteó:

> *"Desde luego, al juez no le basta la mera enunciación de las partes para sentenciar la controversia, porque ello sería tanto como permitirles sacar beneficio del discurso persuasivo que presentan; por ende, la ley impone a cada extremo del litigio la tarea de traer al juicio de manera oportuna y conforme a las ritualidades del caso, los elementos probatorios destinados a verificar que los hechos alegados efectivamente sucedieron, o que son del modo como se presentaron, todo con miras a que se surta la consecuencia jurídica de las normas sustanciales que se invocan."*[12]

Con base en lo anterior, se tiene que este argumento no es más que una mera afirmación sin sustento probatorio.

Aunado a lo ya expresado, para este Despacho es importante señalar que el Concesionario en la sustentación del recurso analizado solicitó, entre otras pruebas, la práctica de los testimonios del Subdirector marítimo y fluvial del INVIAS para que diera cuenta de las condiciones técnicas en las que se encuentra actualmente el canal concesionado y cuáles han sido las condiciones del mismo desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión y del Director de la Dirección General Marítima - DIMAR para que rinda testimonio acerca de la profundidad del canal de acceso desde la fecha de suscripción del Contrato de Concesión.

Del objeto de cada una de las pruebas antes mencionadas, se colige que ninguna estas se encontraba dirigida a acreditar el hecho de que grandes embarcaciones hubieran intentado atracar en el Puerto y, mucho menos, que los ingresos del Concesionario se vieran afectados por esa razón, al punto de imposibilitarle el pago de la contraprestación de los años 2020 y 2021, sino simplemente a determinar el estado y profundidad del canal de acceso, aspecto que en últimas no guarda relación con los hechos que son objeto de debate en esta actuación.

Para este Despacho las razones expuestas son motivo suficiente para que el argumento analizado no resulte de recibo; no obstante, se debe anotar que, aunque hubiesen existido restricciones de acceso proferidas por las autoridades competentes, no se puede perder de vista que aquellas son emitidas con antelación a través de las cartas náuticas expedidas por la DIMAR; sumado a ello, no se puede olvidar que el canal de acceso al Puerto sigue siendo el mismo.

Lo que ocurre es que con las restricciones emitidas por las autoridades competentes se deben tener precauciones para acceder, pero esto no quiere decir que se esté prohibiendo el ingreso al puerto, o que las condiciones de este impidan el paso de las naves, significa que las condiciones de la marea varían las dimensiones de las embarcaciones que podrían ingresar en determinados momentos, siendo necesario esperar o realizar una planeación diferente para el ingreso de las naves al Puerto, situación que a todas luces retiraría el elemento de imprevisibilidad, pues el Concesionario conoce estas situaciones desde la protección que le genera su propia experticia, con lo cual no se podría tampoco aceptar que las circunstancias descritas hagan imposible la operación, y en consecuencia el ingreso de las grandes embarcaciones.

Así las cosas, se evidencia que las restricciones de acceso al Puerto no impiden el ingreso y tránsito en este, pero sí exigen una planeación en cabeza del operador, la elaboración de estudios batimétricos y tiempo para que las condiciones de profundidad se reestablezcan.

En lo que se refiere a que, la información técnica disponible con base en la cual se presentó la solicitud de concesión indicaba que el gobierno construiría un calado licenciado de 7,3 metros y, que por esa razón utilizó un buque de diseño con un calado máximo de 7 metros, se debe recordar

[12] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de mayo de 2010. Exp. 23001-31-10-002-1998-00467-01. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

que las dimensiones del calado para el buque de diseño son máximas, pero eso no impide que el terminal pueda ser operado con buques más pequeños.

Además, se insiste en que, no hay prueba que acredite que embarcaciones de tales dimensiones hayan intentado ingresar al Puerto pero que las condiciones del canal de acceso les hubiera impedido el atraque en el Puerto.

En lo que tiene que ver con el principio de confianza legítima esbozado en este argumento, se evidencia que el mismo se fundamenta en lo relacionado con el dragado y la profundidad del canal de acceso, circunstancias que de acuerdo a lo ya expresado no se encuentra probado que hayan impedido el ingreso de embarcaciones de gran calado y que por ende hayan impedido la ejecución del Contrato en las condiciones pactadas, por lo que no se observa desconocimiento alguno de ese principio por parte de esta Agencia.

Así las cosas, se concluye que este argumento tampoco prospera.

3.1.4. Excepción de contrato no cumplido

En este argumento el Concesionario afirma que no hay lugar a que se le exija el cumplimiento de su obligación de pago de la contraprestación cuando el Estado no ha cumplido con la suya de dragar el canal de acceso del Puerto, para lo cual invoca la figura de la excepción de contrato no cumplido establecida en el artículo 1609 del Código Civil.

Para abordar el análisis del presente argumento, el Despacho debe traer a colación un pronunciamiento efectuado por el Consejo de Estado, respecto de la excepción propuesta, así:

> *"La figura de la "excepción de contrato no cumplido" se encuentra prevista en el artículo 1609 del C. C., (…) Esta figura, en principio propia de los contratos de Derecho Privado, ha sido admitida en el campo de los contratos de Derecho Público, tal como lo evidencia el pronunciamiento de la Sección Tercera, recogido en la sentencia de 31 de enero de 1991, Exp. 4739, con un alcance limitado, por razón de la naturaleza misma de los contratos de Derecho Público y por el interés general que se encuentra envuelto en los mismos a cuya satisfacción se enderezan tales vínculos contractuales (…)la aplicación de la excepción de contrato no cumplido en los contratos del Estado se encuentra condicionada a los siguientes supuestos: i) La existencia de un contrato bilateral o sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, lo cual implica que una de las partes se obliga a su prestación a cambio de la prestación que la otra parte le debe satisfacer, regla "do ut des" (te doy para que me des); ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, por manera que genere una razonable imposibilidad de cumplir por parte del contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como fuente o causa del incumplimiento ante el cual se opone y que ha de justificarse por la configuración de aquel; v) el cumplimiento de sus demás obligaciones por parte de quien la invoca o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente."*[13]

En los términos del aparte jurisprudencial previamente transcrito, la excepción de contrato no cumplido es propia del derecho privado, no obstante, esa figura resulta aplicable a los contratos estatales cuando se reúnen las siguientes condiciones: i) la existencia de un contrato bilateral, ii) el no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de una de las partes contratantes; iii) que el incumplimiento de la administración cause razonablemente la imposibilidad de cumplir al contratista, iv) que ese incumplimiento pueda identificarse como causa del incumplimiento del contratista y por ende se torna en justificación del mismo; v) el cumplimiento de las demás obligaciones por parte de quien invoca la excepción o, al menos, la decisión seria y cierta de cumplirlas mediante el allanamiento correspondiente.

Al verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos este Despacho advierte que, en el caso concreto no se cumplen los mismos, principalmente los relacionados en los romanitos iii), iv) y v)

[13] Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 11 de abril de 2012, C.P.: Hernán Andrade Rincón. Rad.: 73001-23-31-000-1997-05591-01(17851)

en tanto que, en primer lugar, en la actuación no se demostró que la ANI, como contratante y única Entidad que es parte en el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017, hubiera incumplido obligación alguna de las que se encuentran a su cargo.

En segundo lugar, mucho menos se probó que el no pago de la contraprestación por parte del Concesionario de las anualidades 2020 y 2021 deviniera de incumplimiento alguno por parte de la Agencia.

Finalmente, aunque la obligación de dragado del canal de acceso se encuentra en cabeza del INVIAS, de conformidad con lo preceptuado en la Ley 1 de 1991, resulta importante recodar que en la presente actuación no se demostró que el pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 se viera afectada por una supuesta disminución en los ingresos del Concesionario derivados por el no acceso de grandes embarcaciones al Puerto dadas las condiciones del canal de ingreso por el presunto incumplimiento de dicha obligación por parte del INVIAS.

Además, no se puede dejar de lado que esa Entidad no es parte en el referido Contrato, por lo que el cumplimiento o no de las obligaciones que la Ley le imponga no puede ser fundamento para la estructuración de una excepción de cumplimiento que fue prevista legalmente para ser alegada entre quienes se encuentran vinculados en virtud de una relación contractual.

Por las razones expuestas este argumento no prospera y se precisa que, en el presente caso y de acuerdo con el material probatorio que obra en el expediente, no se observa que al Concesionario se esté exigiendo que asuma riesgos que no fueron previsibles al momento de la suscripción del Contrato.

3.1.5. Existencia de embarcaderos ilegales en Tumaco

Aquí el Concesionario afirma que, al no haber canal de acceso al Puerto, Tumaco se llenó de embarcaderos ilegales para embarcaciones de todo tipo de calados cuyas cargas compiten directamente con el Puerto.

Frente a este argumento, el Despacho debe advertir que el Concesionario pretende excusar su incumplimiento en el pago de la contraprestación al INVIAS de las anualidades correspondientes a 2020 y 2021, dada la existencia de embarcaderos ilegales que le compiten directamente; sin embargo, en este argumento no se evidencia prueba del hecho referido, existencia de embarcaderos ilegales, y en todo caso, aún si se hubiese demostrado, no se aprecia que exista una correlatividad entre lo afirmado y su efecto para excusar el incumplimiento declarado en tanto que, aunque se diera el caso de la existencia de embarcaderos ilegales, estos dada su condición de ilegalidad no contarían con la infraestructura necesaria para movilizar el tipo y la cantidad de carga para la que está habilitado el Puerto concesionado, por lo que no se observa que ese hecho pueda llegar a afectar la operación del Puerto concesionado y en consecuencia sus ingresos, al punto que no pueda pagar la contraprestación.

Por lo expresado este argumento tampoco prospera.

3.2. Argumentos del Garante

3.2.1. Falsa motivación y Violación sistemática del debido proceso

En este argumento el Garante inicia exponiendo que se configuró la nulidad amparada en el artículo 29 Constitucional, en cuanto a que *“es nula de pleno derecho toda prueba obtenida con violación del debido proceso”,* teniendo en cuenta que con la citación solamente se remitió el informe de Supervisión mas no sus anexos.

Para analizar este planteamiento el Despacho reitera lo señalado sobre este punto en la Resolución recurrida, recordando inicialmente que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, específicamente en la Sentencia T – 164 del 3 de mayo de 2018, el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política tiene como finalidad impedir la adopción de decisiones arbitrarias de la administración por el desconocimiento de las formalidades esenciales que afectan la confiabilidad de la prueba y su valor para demostrar la verdad dentro del proceso o procedimiento.

Seguidamente es importante recalcar que, con la citación contenida en el Oficio No. 20217070372721 del 26 de noviembre de 2021, simplemente se incorporó como anexo el Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021, que corresponde al informe de supervisión, razón por la que este Despacho no se encontraba obligado a trasladar ningún anexo adicional a ese informe.

Así mismo, se insiste que en el caso estudiado no ha existido vulneración alguna al debido proceso teniendo en cuenta que el informe de supervisión fue dado a conocer a los Convocados con la remisión del Oficio de citación y en el mismo se señaló claramente la existencia del presunto incumplimiento por parte del Concesionario por el no pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021, indicando los valores adeudados para el momento de la elaboración de dicho informe, aspecto que no ha sido controvertido por el Concesionario en la actuación.

Además, se reitera que, *"la relevancia del citado informe se encuentra en que el mismo acredita el presunto no pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021 por parte del Concesionario, prueba que en el ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción fue controvertida por los Citados, entre otras pruebas, con la solicitud de oficiar al INVIAS y al Municipio de Tumaco para que informaran si se encontraban adelantando algún tipo de negociación o actividad tendiente a la celebración de acuerdos de pago con la Sociedad Portuaria Regional Tumaco Pacific Port S.A derivados del Contrato de Concesión No. 002 de 2017 correspondiente a las vigencias 2020 y 2021, y si habían celebrado acuerdo de pago con la aludida Sociedad respecto del pago de la contraprestación referida.*

Adicionalmente es importante señalar que, por solicitud de los Convocados, y como lo manifestó este Despacho en audiencia, mediante el Auto No. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022 se ordenó la incorporación de los archivos excel que fueron relacionados como anexos en el informe de supervisión rendido a través del Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021 y se dio el traslado de tales documentos por el término de tres (3) días hábiles. No obstante, el Concesionario y el Garante guardaron silencio y no descorrieron dicho traslado."

De lo antes expuesto se concluye que, con la incorporación del informe de Supervisión, contenido en el Memorando No. 20213080065323 del 23 de abril de 2021, no se evidencia la existencia de vulneración alguna de las formalidades de dicha prueba que afecten la confiabilidad de esta o de su valor para demostrar el incumplimiento declarado. Igualmente se remarca que, aunque los Convocados estuvieron en posición de controvertir los archivos excel que se encontraban anexos al mencionado informe, no se pronunciaron al respecto.

Para finalizar este punto es oportuno señalar que, pese a que dicho Memorando fue una de las pruebas que soportaron la declaratoria del incumplimiento, esta no fue la única tal y como se observa del numeral 5.1 denominado *"Evidencia del incumplimiento contractual"* de la Resolución sancionatoria.

Respecto a que la ANI en el marco de la actuación busca acreditar la culpabilidad del Investigado a través de diferentes pruebas vulnerando el principio de presunción de inocencia y el derecho de contradicción, el Despacho considera importante referirse a lo expresado frente a estos por la Corte Constitucional, así:

> *"4.1.5.1. De conformidad con la jurisprudencia constitucional, el derecho de contradicción implica dos fenómenos diferentes, por un lado, la posibilidad de oponerse a las pruebas presentadas en su contra y, de otro lado, la facultad de la contradicción conlleva a un ejercicio legítimo de defensa directa, dirigido a que los argumentos o alegatos propios sean oídos en el proceso"*[14]
>
> *"18.- De este "postulado cardinal de nuestro ordenamiento", se desprenden, entre otras, las siguientes consecuencias identificadas por la jurisprudencia constitucional:*
>
> - *"Cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad".*

[14] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 544 del 21 de agosto de 2015. M.P. Mauricio González Cuervo.

- *La presunción de inocencia "se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba" de acuerdo con la cual "corresponde siempre a la organización estatal la carga de probar que una persona es responsable de un delito (…) lo que se conoce como principio onus probandi incumbit actori. La actividad probatoria que despliegue el organismo investigador debe entonces encaminarse a destruir la presunción de inocencia de que goza el acusado, a producir una prueba que respete las exigencias legales para su producción, de manera suficiente y racional, en el sentido de acomodarse a la experiencia y la sana crítica. Así pues, no le incumbe al acusado desplegar ninguna actividad a fin de demostrar su inocencia, lo que conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, pues por el contrario es el acusador el que debe demostrarle su culpabilidad".*

- *"Para que, en el caso concreto de una persona, puedan ser aplicadas las sanciones previstas en la ley, es indispensable (…) que se configure y establezca con certeza, por la competente autoridad judicial, que el procesado es responsable por el hecho punible que ha dado lugar al juicio".*

- *"Ni el legislador ni los jueces pueden presumir la culpabilidad de nadie". Así, "todo proceso penal debe iniciarse con una prueba a cargo del Estado que comience a desvirtuar la presunción de inocencia. Por ello, el legislador no puede implantar en una norma penal de carácter sustantivo una presunción de culpabilidad en sustitución de la presunción de inocencia so pena de violar el artículo 29 de la Constitución"."*[15]

De los apartes jurisprudenciales previamente transcritos se concluye que, el derecho de contradicción y el principio de presunción de inocencia comprenden algunas de las garantías del investigado consistentes en hacer valer las propias razones, controvertir las pruebas allegadas en su contra, solicitar la práctica de otras y la obligación de la autoridad de demostrar la responsabilidad de este frente a la conducta imputada en el marco de un proceso que le asegure el ejercicio de todos los derechos.

Con fundamento en tales pronunciamientos, el Despacho debe advertir que en el trámite de esta actuación a los Convocados se les dio la posibilidad de ejercer su derecho de contradicción, tan es así que estos tuvieron la oportunidad de solicitar y de que se practicaran las pruebas que resultaron conducentes, pertinentes y útiles.

Además, con posterioridad a la rendición de los descargos y de cara a las pruebas practicadas se destaca que de todas estas se ordenó su traslado, brindando a los Citados la posibilidad de pronunciarse sobre las mismas; ello se evidencia en los Autos Nos. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022, 20227070002596 del 21 de octubre de 2022, 20237070000106 del 19 de enero de 2023, 20237070000536 del 8 de marzo de 2023 y 20237070000816 del 13 de abril de 2023 a través de los cuales se ordenó la incorporación y traslado de las respectivas pruebas.

Se debe resaltar que los Citados guardaron silencio en la mayoría de los traslados efectuados en esta actuación, puntualmente en el de los archivos excel que acompañaban el informe de supervisión, sobre el cual el Garante estructura su argumentación.

Aunado a ello, este Despacho debe recordar que los mencionados archivos excel simplemente contienen los datos y los cálculos que se tuvieron en cuenta para determinar el valor de la contraprestación que se adeuda por parte del Concesionario. En todo caso, como quiera que tales valores dan cuenta del monto al cual ascendían los perjuicios, aspecto que, como ya se anotó, no va a ser objeto de discusión en este procedimiento, en tanto que el INVIAS ya adelanta un trámite de cobro coactivo por estos, carece de utilidad para el Despacho pronunciarse sobre los mismos.

De lo anterior, se colige que en este procedimiento sancionatorio no ha existido vulneración alguna al derecho de contradicción de los Convocados en tanto se le ha permitido controvertir y pronunciarse sobre todas las pruebas obrantes en el expediente.

[15] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 289 del 18 de abril de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

En lo que se refiere a la supuesta vulneración del principio de presunción de inocencia por parte de este Despacho por el decreto de pruebas con las cuales se pretende acreditar la culpabilidad del Concesionario, se recuerda precisamente que con base en ese principio las autoridades administrativas y judiciales tienen la obligación de allegar pruebas al procedimiento que acrediten la culpabilidad del investigado destruyendo así dicha presunción.

En este caso, en efecto, el Despacho ordenó de oficio el decreto de algunas pruebas tendientes a demostrar el estado de cumplimiento de la obligación de pago de la contraprestación por parte del Concesionario al INVIAS y al Municipio de Tumaco para las anualidades 2020 y 2021, para lo cual, en principio, solicitó al Equipo de Supervisión esa información mediante el Auto No. 20227070002046 del 16 de agosto de 2022 y posteriormente, a través del Auto No. 20237070000536 del 8 de marzo de 2023, solicitó al INVIAS información de un acuerdo de pago peticionado por el Concesionario para el pago de la contraprestación objeto de esta actuación.

Garantizada la presunción de inocencia que le asiste al Concesionario, este Despacho recaudó diferentes pruebas, tal y como consta en el numeral 5.1 denominado *"Evidencia del incumplimiento contractual"* de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, evidenciándose que el Concesionario había cesado su incumplimiento en lo relacionado con el pago de la contraprestación al Municipio de Tumaco, pero que dicho incumplimiento persistía respecto del INVIAS.

Dicha presunción fue desvirtuada, entre otras pruebas con el Memorando No. 20223080105903 del 31 de agosto de 2022, con el cual el Equipo de Supervisión atendió la prueba decretada con el Auto del 16 de agosto de 2022, con el Oficio SDJ 54990 del 13 de septiembre de 2022 mediante el que el INVIAS indicó que para ese momento no existía acuerdo de pago con el Concesionario respecto de la contraprestación objeto de esta actuación y con el Oficio SDJ 16029 del 21 de marzo de 2023, mediante el cual el INVIAS informó que el acuerdo de pago presentado por el Concesionario no cumplía con los requisitos establecidos en el Reglamento de Recaudo de Cartera del Instituto Nacional de Vías y el Estatuto Tributario.

Así las cosas, este Despacho evidencia que tampoco existió vulneración alguna al principio de presunción de inocencia que le asiste al Concesionario y que, por el contrario, garantizando el derecho al debido proceso del cual gozan los Convocados la decisión de declaratoria de incumplimiento contenida en la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 se fundamentó en las pruebas que obran en el expediente y que demuestran que el Concesionario incurrió en el incumplimiento a su obligación de pago de la contraprestación al INVIAS para las anualidades 2020 y 2021.

En cuanto a que en este procedimiento existió una vulneración al principio de las formas propias de cada juicio, considerando que se han expedido Autos ajenos al procedimiento determinado en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, creando una mixtura en el procedimiento, para abordar este argumento, el Despacho considera importante recordar lo que la Corte Constitucional ha desarrollado en punto del derecho a ser juzgado conforme a las formas de cada juicio, así:

> ***"Del debido proceso, de las formas propias de cada juicio y de la seguridad jurídica.***
>
> ***7.*** *El artículo 29 de la Constitución Política prescribe que "el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas". Ello significa que las autoridades debidamente constituidas en cualquiera de los citados ámbitos de actuación del Estado tienen la obligación de obrar con arreglo a los procedimientos previamente establecidos en la ley en orden a garantizar los derechos de quienes pueden resultar afectados por sus decisiones, ya sea en cuanto al reconocimiento de un derecho, o a la imposición de una condena o sanción jurídica, o en últimas, frente a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica.*
>
> *De ahí que esta Corporación haya definido el derecho fundamental al debido proceso, como la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los individuos, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas a los procedimientos señalados en la ley.*

Por otra parte, el derecho al debido proceso tiene como objetivo fundamental asegurar la defensa y salvaguarda del valor material de la justicia, a través del logro de los fines esenciales del Estado, como lo son la preservación de la convivencia social y la protección de todas las personas residentes en Colombia en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades públicas (preámbulo y artículos 1° y 2° de la C.P). Con este propósito, la Corte ha determinado que, en esencia, "el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional".

Por consiguiente, el debido proceso exige de las autoridades públicas la sujeción de sus actuaciones a los procedimientos previamente establecidos, ajenos a su propio arbitrio y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales previstas en la Constitución y en la ley. Esta previa definición legal de los procedimientos que constituyen el debido proceso, como manifestación del principio constitucional de legalidad, se denomina "formas propias de cada juicio", y se constituye, por lo tanto, en la garantía de referencia con que cuentan las personas para determinar en qué momento la conducta de los jueces o de la Administración se convierte en ilegítima, por implicar el desconocimiento de alguna de las etapas procesales reconocidas en el ordenamiento jurídico para conferirle valor judicial a los actos que profieren dichas autoridades. Sobre la materia, esta Corporación ha sostenido que:

> *"El debido proceso descansa ante todo en el hecho de que todo juicio debe basarse en las leyes preexistentes y con observancia de las formas propias de cada litigio judicial. ¿Qué se entiende por formas propias de cada juicio? Pues son las reglas -señaladas en la norma legal- que, de conformidad con la naturaleza de cada juicio, determinan cada una de las etapas propias de un proceso y que, a su vez, se constituyen en las garantías de defensa y de seguridad jurídica para los intervinientes en el respectivo litigio. Esas reglas, como es lógico, deben ser establecidas única y exclusivamente por el legislador, quien, consultando la justicia y el bien común, expide las pautas a seguir -con fundamento en la cláusula general de competencia y, generalmente, a través de códigos (Art. 150-2 C.P.)- dentro de cada proceso judicial".*

(…)"[16] *(Subrayas del Despacho)*

*"**Derecho a ser juzgado con las formas propias de cada juicio***

El derecho a ser juzgado con la plenitud de las formas propias de cada juicio implica el establecimiento de esas reglas mínimas procesales, entendidas como "(...) el conjunto de reglas señaladas en la ley que, según la naturaleza del juicio, determinan los procedimientos o trámites que deben surtirse ante las diversas instancias judiciales o administrativas." . De esta forma, dicho presupuesto se erige en garantía del principio de legalidad que gobierna el debido proceso, el cual "(...) se ajusta al principio de juridicidad propio del Estado de Derecho y excluye, por consiguiente, cualquier acción contra legem o praeter legem".

En este sentido, el debido proceso es precisamente el conjunto de etapas, exigencias o condiciones establecidas por la ley, que deben concatenarse al adelantar todo proceso judicial o administrativo.

La Corte ha hecho énfasis, así mismo en que el cumplimiento de las formas propias del juicio no debe entenderse como una simple sucesión de formas, requisitos y términos, sino que se requiere comprender su verdadero sentido vinculado de manera inescindible con el respeto y efectividad de los derechos fundamentales, por ello, su cumplimiento debe revelar a cada paso el propósito de protección y realización del derecho material de las personas."[17] *(Subrayas del Despacho)*

[16] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T – 1097 del 27 de octubre de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
[17] CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C – 496 del 5 de agosto de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

De los apartes jurisprudenciales transcritos en precedencia se deduce que el derecho a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio constituye una garantía para quien es sometido a un juicio o trámite administrativo de que en el mismo se surtan todas las etapas determinadas previamente por el Legislador, en aras de asegurar el respeto y efectividad de los derechos fundamentales de quien debe concurrir a esos procedimientos.

En el caso analizado se advierte que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 prevé el procedimiento que debe surtirse para adelantar las actuaciones administrativas sancionatorias en materia contractual, para lo cual se determina que se debe citar al contratista a una audiencia, citación que debe tener el contenido mínimo establecido en el literal a) del mencionado artículo.

Dicha audiencia debe iniciar por la autoridad con la exposición de las circunstancias de hecho que motivan la actuación, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que se podrían derivar para el contratista en desarrollo de la actuación, seguidamente se debe conceder el uso de la palabra a quienes representan al contratista y al garante para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrán rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad, para finalizar con la expedición de una resolución motivada en la que se decida sobre la declaratoria o no del incumplimiento y la imposición o no de la sanción, dicha decisión se notificará en audiencia y que contra esta solamente procede el recurso de reposición, el cual se interpondrá y sustentará en audiencia.

En el literal d) se preceptúa que *"En cualquier momento del desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, podrá suspender la audiencia cuando de oficio o a petición de parte, ello resulte en su criterio necesario para allegar o practicar pruebas que estime conducentes y pertinentes, o cuando por cualquier otra razón debidamente sustentada, ello resulte necesario para el correcto desarrollo de la actuación administrativa. En todo caso, al adoptar la decisión, se señalará fecha y hora para reanudar la audiencia. (…)"*

Del aludido artículo se puede deducir que este determina que el trámite se desarrollará en audiencia dentro de la cual se deben surtir las siguientes etapas: i) imputación, con la cual se dé a conocer a los convocados los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan el presunto incumplimiento, al igual que las consecuencias que deberá afrontar en caso de acreditarse el incumplimiento; ii) descargos, durante la cual los convocados podrán exponer sus argumentos de defensa, solicitar y allegar pruebas con las que se pretenda controvertir las aportadas por la entidad; iii) resolución, con la cual se decide la actuación declarando el incumplimiento e imponiendo las sanciones del caso o cerrando la misma, la cual debe notificarse en audiencia; iv) recurso, en esta etapa se surte el trámite del recurso que debe ser interpuesto y sustentado en audiencia.

En punto a las pruebas no se establece específicamente que estas deban ser decretadas y practicadas en audiencia, sino que sencillamente se señala que la audiencia puede ser suspendida cuando de oficio o a petición de parte sea necesario allegar o practicar pruebas que resulten conducentes, pertinentes y útiles a la actuación.

De lo anterior no se evidencia ninguna prohibición a este Despacho para el decreto y práctica de pruebas fuera de audiencia, cuando a criterio de este ello sea necesario.

En el caso analizado, el Despacho concluye que se ha surtido el presente trámite de acuerdo con las formas y etapas estipuladas en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cual rige este tipo de procedimientos.

Adicionalmente, es oportuno recalcar que el derecho al respeto de las formas propias de cada juicio implica una garantía del cumplimiento de las etapas que han sido concebidas por el Legislador para los diferentes tipos de trámites administrativos y judiciales, asegurando a quienes son sometidos a este tipo de procedimientos el ejercicio efectivo de sus derechos.

Es por ello que se resalta que en el desarrollo de este trámite sancionatorio contractual se han surtido todas las etapas consagradas en el artículo 86 *ibidem,* y aunque si bien es cierto que lo referido a las pruebas ha sido decidido fuera de audiencia, no es menos cierto que ello sí es permitido por dicho artículo en tanto permite la suspensión de la audiencia para la práctica de pruebas.

Aunado a ello, es necesario recordar que todos los Autos proferidos fuera de audiencia han sido notificados en debida forma a los citados e incluso se les ha dado traslado de las pruebas incorporadas a través de estos, garantizándoles así el ejercicio de su derecho al debido proceso, con todas las prerrogativas que el mismo comprende.

En conclusión, se advierte que no ha existido vulneración alguna al derecho a ser juzgado conforme a las formas propias de cada juicio que le asiste al Garante y al Concesionario, y que se les ha permitido en todo momento ejercer sus derechos dentro de este trámite, cumpliendo así el fin último del derecho alegado como supuestamente vulnerado.

Finalmente, en lo que concierne a que en la citación no se indicó que el procedimiento adelantado constituía un trámite de cobro persuasivo o coactivo, y que la ANI no está legitimada para cobrar a título de perjuicio propio valores adeudados a terceros, este Despacho precisa que no se pronunciará sobre tales argumentos en tanto los mismos están dirigidos a debatir lo referido a la imposición de perjuicios efectuada en la Resolución sancionatoria y que, como ya se señaló, será eliminada de ese acto administrativo.

Así las cosas, por las razones expuestas el argumento estudiado no prospera.

3.2.2. Prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro

En este argumento el Garante manifiesta que el pago de la contraprestación de las anualidades 2020 y 2021, objeto de reproche de la presente actuación, debió realizarse en el mes de febrero de tales anualidades, por lo que en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio la póliza expedida por La Equidad no puede ser afectada por haber transcurrido el término de prescripción ordinaria que opera en este caso, esto es el término de dos (2) años a partir del momento en que la ANI tuvo conocimiento de ello, lo cual se advierte de las distintas comunicaciones expedidas por la Agencia. Tal postura fue fundamentada principalmente en la Sentencia proferida el 5 de agosto de 2021, por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, radicación interna No. 23158, C.P. Julio Roberto Piza Rodríguez y en la Sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, radicación interna No. 27454, C.P. Alberto Montaña Plata.

Para analizar este argumento es necesario recordar que el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015 preceptúa lo siguiente:

> ***"Artículo 2.2.1.2.3.1.19. Efectividad de las garantías.*** *La Entidad Estatal debe hacer efectivas las garantías previstas en este capítulo así:*
>
> *1. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare la caducidad del contrato y ordene el pago al contratista y al garante, bien sea de la cláusula penal o de los perjuicios que ha cuantificado. El acto administrativo de caducidad constituye el siniestro.*
>
> *2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro.*
>
> *3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros."*

En los términos del artículo transcrito en precedencia se colige que el acto administrativo que impone la multa y ordena el pago al contratista y al garante constituye el siniestro, es decir que ese acto administrativo constituye la realización del riesgo, de acuerdo con la definición de siniestro contenida en el artículo 1072[18] del Código de Comercio.

[18] "***Artículo 1072. DEFINICIÓN DE SINIESTRO.*** *Se denomina siniestro la realización del riesgo asegurado."*

Por esa razón, contrario a lo afirmado por el Garante, se tiene que el término de prescripción tan sólo puede contarse a partir de la expedición de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, por ser este el momento desde el cual se entiende materializado el riesgo y, por ende, a la fecha no han trascurrido los dos (2) años previstos en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Teniendo claro lo anterior, para este Despacho es importante estudiar los principales pronunciamientos del Consejo de Estado que fueron traídos a colación por el Garante para sustentar su argumentación. Para ello es oportuno conocer los aspectos que fueron objeto de tales pronunciamientos.

En la Sentencia proferida el 5 de agosto de 2021, se evidencia que la misma tiene como sustento un recurso de apelación en el que se solicita la revocatoria de la decisión de primera instancia y que en consecuencia se nieguen las pretensiones relacionadas con la declaratoria de nulidad de diferentes Resoluciones expedidas por la DIAN, en las que se ordenó la afectación de una póliza de cumplimiento emitida para garantizar un trámite de finalización de importación temporal a corto plazo, trámite sancionatorio desarrollado en el marco del régimen aduanero mas no en el contractual, por ese motivo se concluye que lo expresado por la Sección Cuarta del Consejo de Estado no resulta de aplicación a este caso por tratarse de regímenes distintos.

En lo concerniente a la Sentencia proferida el 10 de febrero de 2021 se debe señalar que los hechos de esta se encuentran enmarcados en un trámite administrativo sancionatorio contractual iniciado por el IDU en el que se pretendía la declaratoria de un incumplimiento, la afectación de la cláusula penal y la declaratoria de la ocurrencia del siniestro.

En la sustentación del recurso de apelación se indica que hay lugar a la prosperidad de las pretensiones en tanto que "*los actos administrativos en cuestión solo eran declarativos del siniestro y no constitutivo del mismo, por cuyo efecto la prescripción debía contarse a partir de la situación fáctica del incumplimiento y no desde la ejecutoria del acto que simplemente lo declaraba. En este sentido, el siniestro, entendido como la materialización del riesgo asegurado, correspondía al incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista."*[19] *(Subrayas del Despacho)*

Finalmente, en dicha providencia *"la Sala concluye que ocurrió la prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, porque había expirado el plazo en el cual la administración podía proferir* ***el acto administrativo mediante el cual declaraba la ocurrencia*** *de un siniestro y cuantificaba el perjuicio, lo cual será declarado en la parte resolutiva de la presente providencia." (Resaltos del Despacho)*

Respecto de la aludida Sentencia se debe poner de presente que en principio el análisis contenido en la misma sería de aplicación al caso analizado, en tanto que se tratan de situaciones concretadas en el marco de procedimientos administrativos contractuales; sin embargo, no se debe perder de vista que los actos administrativos que declararon la ocurrencia del siniestro en ambos casos tienen una naturaleza diferente, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, aludido previamente.

En el caso puesto a consideración del Consejo de Estado, y tal y como fue reconocido por este y por el apelante, ese acto administrativo que declaró la ocurrencia del siniestro tenía la naturaleza de ser declarativo, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, por lo que el término de prescripción empezó a contar desde el momento en que el IDU tuvo conocimiento del incumplimiento.

En el caso estudiado se evidencia que, contrario al analizado por el Consejo de Estado, la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 con la cual se declaró el siniestro, tiene naturaleza de constitutiva de conformidad con lo determinado en el numeral 2 del artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015, por lo que el término de prescripción empezó a contar desde el momento en que este Despacho profirió dicha Resolución y, por ello a la fecha no ha operado la prescripción contemplada en el artículo 1081 del Código de Comercio.

De lo expuesto se colige que el argumento analizado no prospera.

---

[19] Sentencia proferida el 10 de febrero de 2021, por la Sección Tercera Subsección B del Consejo de Estado, radicación interna No. 27454, C.P. Alberto Montaña Plata

3.2.3. Caducidad de la facultad sancionatoria

En este argumento el Garante expone que, de conformidad con lo establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, el término de caducidad de la facultad sancionatoria es de tres (3) años desde la ocurrencia del incumplimiento y en el caso concreto han acaecido más de los tres (3) años al momento en que se profirió la respectiva decisión, esto es en mayo de 2023. Para fundamentar su argumentación trae a colación apartes de dos (2) sentencias expedidas por el Consejo de Estado.

Respecto de este argumento el Despacho reitera lo expuesto en la Resolución recurrida, en cuanto a que el Consejo de Estado en Sentencia del 7 de diciembre de 2021, radicación interna 66589, ha explicado que la caducidad de la facultad sancionatoria en el marco de un procedimiento contractual sancionatorio está dada por el límite temporal que se fije en el contrato para la imposición de la sanción y en caso de no determinarse en el mismo, dicha facultad podrá ser ejercida por la entidad estatal mientras el incumplimiento persista y el plazo contractual se encuentre vigente.

En suma, de dicha Sentencia el Despacho considera oportuno resaltar lo siguiente:

> *"(…)*
>
> *En atención a ese marco normativo, cabe anotar que la caducidad de la potestad sancionadora prevista en el artículo 52 del CPACA, entendida como el límite temporal dispuesto para instrumentar el ius puniendi por parte de la administración, resultará aplicable en cuanto se trate del desarrollo de prerrogativas sancionadoras adoptadas en ejercicio de función administrativa habilitada expresamente por el legislador en los ámbitos específicamente autorizados por el ordenamiento jurídico.*
>
> *Lo anterior no puede confundirse ni hacerse extensivo a la facultad de imponer multas mediante actos administrativos en desarrollo de la ejecución de un contrato del Estado, con apoyo en las siguientes consideraciones:*
>
> *De entrada, se precisa que fue el mismo CPACA el que, en su artículo 47, reconoció la sustantividad de que goza la legislación sancionadora en materia de contratación estatal, al establecer en el parágrafo 1) del artículo 47 que "las actuaciones administrativas contractuales sancionatorias, incluyendo los recursos, se regirán por lo dispuesto en las normas especiales sobre la materia".*
>
> *En materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio "es actuar en forma compulsiva sobre este [el contratista] para constreñirlo al más exacto cumplimiento de sus obligaciones".*
> *(…)*
>
> *En esa línea, conviene agregar que el límite temporal para aplicar la sanción pecuniaria habrá de ser el acordado en el contrato, por manera que al no definirse uno, como ocurrió en el caso concreto según se desprende del texto contractual, la sanción podría ser impuesta en tanto persistiera el incumplimiento y el plazo contractual se hallara vigente, tal y como aconteció en el sublite."*[20]

Del aparte previamente transcrito se concluye que el término de caducidad establecido en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 no resulta aplicable a las actuaciones administrativas sancionatorias contractuales, sino que estas se regirán por lo estipulado en el correspondiente contrato y si ello no ha sido determinado allí, la facultad sancionatoria podrá ejercerse mientras el incumplimiento persista y el plazo contractual se encuentre vigente. Lo anterior, teniendo en cuenta que el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 preceptúa lo siguiente:

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

[20] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección A. Sentencia del 7 de diciembre de 2021. Radicación No. 25000232600020170182601(66589). C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico.

> *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.*
> *(…)" (Subrayas del Despacho)*

Del artículo previamente transcrito, norma especial en este ámbito, se advierte que el mismo estipula que la facultad sancionatoria en materia contractual puede ser ejercida por la administración, siempre que se halle pendiente de cumplimiento la obligación reprochada. En ese sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, así:

> *"No obstante, en vigencia de la Ley 1150 de 2007 este mismo problema – competencia temporal para imponer sanciones-, en relación con las multas y la cláusula penal pecuniaria, cambió de sentido, esta vez no por una variación introducida por la jurisprudencia a sus propias tesis, sino porque la ley 1150 reguló expresamente el tema, señalando que la competencia sancionatoria se conserva "mientras esté pendiente la ejecución" del contrato, (…)"*[21]

Por todo lo expuesto, se insiste que en el presente caso no operó la caducidad de la facultad sancionatoria, de conformidad con lo estipulado en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y lo explicado por el Consejo de Estado, en tanto que a la fecha el Concesionario no ha cumplido su obligación de pago de la contraprestación al INVIAS para los años 2020 y 2021 y el Contrato se encuentra vigente, teniendo en cuenta que este tiene un plazo de treinta (30) años, contados a partir de la fecha de suscripción del acta de inicio, que en este caso ocurrió el 4 de agosto de 2017 y el acto administrativo que declaró tal incumplimiento fue expedido el 23 de mayo de 2023.

Aunado a ello, es oportuno recordar que los recursos que son objeto de estudio en este acto administrativo fueron sustentados el día 20 de junio de 2023, fecha a partir de la cual este Despacho cuenta con un (1) año para su decisión, de acuerdo con lo establecido en el artículo 52 del CPACA, única norma que determina dicho término y que, en consecuencia, resulta aplicable sólo en ese aspecto a este tipo de actuaciones, de acuerdo con lo consagrado en el inciso primero del artículo 47 *ibidem*, y el cual a la fecha no ha vencido. Por estas razones el argumento analizado no prospera.

3.2.4. Naturaleza propia del contrato de seguro

Con este argumento el Despacho advierte que el Garante pretende controvertir lo referido a la imposición de los perjuicios en tanto que se recuerda que el Código de Comercio determina que el seguro no es una fuente de enriquecimiento, y por ello solamente el INVIAS es el único llamado a cobrar los valores adeudados, así como que el lucro cesante está excluido de todas las coberturas de los contratos de seguros, a menos que exista un pacto expreso entre las partes.

Por lo anterior, y como ya se ha advertido en otros argumentos, este Despacho no se pronunciará sobre este planteamiento teniendo en cuenta que lo referido a los perjuicios impuestos en la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 será objeto de revocatoria en este acto administrativo.

Finalmente, en lo atinente a que no se debe confundir el alcance de las garantías de pago con las garantías de cumplimiento, siendo esta última la otorgada por la Equidad, la cual simplemente ampara la cláusula penal, multas y perjuicios en el marco de la cláusula penal, siempre y cuando se cumplan los presupuestos propios de los artículos 1596 a 1600 del Código Civil, este Despacho debe precisar que en este caso es claro que se ha declarado la ocurrencia del siniestro amparado por la Póliza de cumplimiento No. AA054329, expedida por LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES

[21] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera – Subsección C. Sentencia del 24 de octubre de 2013. Radicación No. 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697). C.P.: Enrique Gil Botero.

ORGANISMO COOPERATIVO de cara a la multa impuesta, y que la misma será afectada siempre y cuando el Concesionario se abstenga de pagarla.

Aspecto que se encuentra amparado por ese tipo de pólizas al tenor de lo preceptuado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015, que a la letra dice:

> ***"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." (Subrayas del Despacho)*

Por lo anterior, este argumento no prospera.

3.2.5. Agravación del estado del riesgo

En este planteamiento el Garante afirma que con base en lo preceptuado en el artículo 1060 del Código de Comercio, relacionado con la agravación del riesgo, se debe tener en cuenta que en los términos del literal h) de la cláusula 30 del Contrato de Concesión garantizado, hay lugar a la terminación del Contrato como consecuencia del impago de la primera vigencia del pago anticipado cuando se demuestra la ausencia de la capacidad financiera del Concesionario para que se termine ipso facto el acuerdo de voluntades. Por ello al haberse permitido el paso de los años sin que se acreditara el respectivo pago, se ocasionó el crecimiento del problema sin que la ANI haya hecho uso de las propias facultades.

Para estudiar este argumento, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 1060 del Código de Comercio, así:

> ***"Artículo 1060.*** *Mantenimiento del Estado del Riesgo y Notificación de Cambios. El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*
>
> *La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.*
>
> *Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.*
>
> *La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.*

> *Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella." (Subrayas del Despacho)*

De conformidad con el referido artículo el asegurador y/o tomador están obligados a mantener el estado del riesgo, y caso que este varie o sea agravado por circunstancias no previsibles que sobrevengan, estos deben notificar por escrito al asegurador la existencia de esas circunstancias, de lo contrario ello causaría la terminación del contrato de seguro.

En los términos de ese artículo, el Garante considera que se ha generado una agravación del estado del riesgo en tanto la ANI no ha ordenado la terminación del Contrato, en cumplimiento de lo acordado en el literal h) de la cláusula 30 del Contrato de Concesión que determina lo siguiente:

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

En el presente caso se debe señalar que en la actuación que se adelanta no se ha demostrado que el Concesionario se encuentre en una incapacidad financiera que amenace la adecuada ejecución del Contrato, situación que el Contrato presume del no pago de los salarios y prestaciones a su personal, mas no del incumplimiento del pago de la contraprestación, razón por la cual no se evidencia la existencia de la agravación del riesgo amparado por el Garante y muchos menos que el paso de los años haya tenido incidencia alguna en este.

Además, es importante recalcar que la garantía de cumplimiento debe, entre otros aspectos, cubrir el pago de las multas que se impongan como consecuencia de los incumplimientos en que pueda incurrir el contratista, y el hecho que ese riesgo llegue a materializarse no puede entenderse como una agravación del estado del riesgo, cuando ese es precisamente uno de los riesgos amparados por el seguro de cumplimiento, de acuerdo con lo determinado en el artículo 2.2.1.2.3.1.7. del Decreto 1082 de 2015.

Por lo expuesto el argumento analizado no prospera.

3.2.6. Límite de la responsabilidad de la Garante

En este último argumento el Garante pone de manifiesto que en caso de no darse la revocatoria del acto recurrido su responsabilidad sólo debe limitarse al valor de la multa.

Frente a este argumento el Despacho advierte que, en consideración a que lo relacionado con la imposición de los perjuicios será revocado con este acto administrativo, la responsabilidad del Garante sólo se dará de cara al pago de la multa, en caso de que el Concesionario no realice el correspondiente pago, y por supuesto, hasta el límite del valor asegurado.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

RESUELVE

PRIMERO. RECHAZAR la solicitud de reconsideración y/o recurso de reposición interpuesto contra el Auto No. 20237070001736 del 4 de agosto de 2023 por el Concesionario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este acto.

SEGUNDO. ACLARAR que el Contrato al que se hizo alusión en la página 18 de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023 es el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2017.

TERCERO. REVOCAR lo decidido en el numeral cuarto de la parte resolutiva de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, dejando sin valor ni efecto lo allí declarado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente resolución.

CUARTO. MODIFICAR el numeral quinto de la parte resolutiva de la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, el cual quedará así:

> **QUINTO. DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO** amparado por la Póliza de cumplimiento No. AA054329, la cual fue expedida por **LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO**, póliza de seguro constituida a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, INVIAS y el Municipio de Tumaco y cuyo objeto es el amparo de cumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Concesión No. 002 de 2017, en el evento en que el Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL TUMACO PACIFIC PORT S.A.** se abstenga de efectuar el pago de la multa, únicamente hasta el valor asegurado en el amparo de cumplimiento.

QUINTO. En todo lo demás se deja incólume la Resolución No. 20237070005845 del 23 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

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

SÉPTIMO. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **26-10-2023**

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

Proyectó: Viviana Andrea Velásquez Rodríguez – Abogada GIT Sancionatorios
Revisó: Carlos Alberto Atuesta Pardo – Abogado GIT Sancionatorios

EDUARDO DURAN MONTOY
2023.10.26 11:03:40
Firmado Digitalmente
CN=EDUARDO DURAN MONT
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INI
E=eduranm@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits

Documento firmado digitalmente

GTEC

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.: **20231010085829**

Fecha: **06-11-2023**

CONSTANCIA DE EJECUTORIA

Se hace constar que la resolución número **20237070005845** expedida el **martes 23 de mayo de 2023,** quedó ejecutoriada, de acuerdo con lo dispuesto a lo consagrado en el artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), el **viernes 27 de octubre de 2023** en los términos establecidos en la resolución **20237070014435** expedida el jueves 26 de octubre de 2023, que resolvió el recurso de reposición, actuación que fue notificada en audiencia y contra la cual no proceden recursos.

La presente constancia se expide en Bogotá D.C., en la fecha que aparece junto con 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: 20237070005845
Nro Borrador: 20231010066567

OLGA ISABEL BUELVAS DICKSON
2023.11.06 10:42:02
Firmado Digitalmente
CN=OLGA ISABEL BUELVAS DICKSO
C=CO
O=AGENCIA NACIONAL DE INFRAES
E=obuelvas@ani.gov.co
Llave Pública
RSA/2048 bits