



MINISTERIO DE TRANSPORTE  
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20237070017105



Fecha: 11-12-2023

*“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado contra la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. “PUERTO SOLO S.A.”, por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, Capítulo IV, numeral 4.7 “Patrimonio Autónomo”, literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1 “Principales Obligaciones del Concesionario” literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1 “Interventoría” literales (b) y (d). Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021. Expediente 20237070320700030E.”*

**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 25 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 lo siguientes,

**CONSIDERANDOS**

**1. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS.**

Dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

**En calidad de investigado:**

**1.1. EL CONCESIONARIO:**

**Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. “PUERTO SOLO S.A.”**, identificada con NIT. 900.739.289-9 en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021.

**En calidad de garantes del investigado:**

**1.2. LAS ASEGURADORAS:**

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





Documento firmado digitalmente



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

## 2. DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

### 2.1. DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

**2.1.1.** Mediante memorando con radicado ANI No. 20233030069733 del 12 de mayo de 2023, la Vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia Nacional de Infraestructura solicitó el inicio formal del procedimiento administrativo sancionatorio contractual en contra de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., por el presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el fondeo de recursos por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones para el año 2 contractual.

**2.1.2.** La referida solicitud, fue aclarada y complementada por medio de los Memorandos Nos. 20233080090493 y 20233080098093 de 21 de junio de 2023 y 05 de julio de 2023, respectivamente, expedidos por la Gerencia Grupo Interno de Trabajo (GIT) Financiero de la Vicepresidencia de Gestión Contractual.

**2.1.2.** Una vez recibida la solicitud y el complemento anteriormente mencionado, con oficio con radicado ANI No. 20237070248131 del 14 de julio de 2023, la Coordinación del GIT de Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales procedió con la citación a la audiencia del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, tanto al Contratista como a los Garantes, diligencia que fue fijada para el día 31 de julio de 2023, a las 9:00 a.m., para el efecto fue remitida mediante mensaje de datos la citación y sus anexos<sup>1</sup>.

**2.1.3.** El día 31 de julio de 2023, en cumplimiento de la citación a audiencia, mediante conexión por la aplicación Microsoft Teams, se hizo presente el Coordinador del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la ANI y con la participación de los apoderados de la concesionaria y de los garantes se llevó a cabo la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en virtud de lo previsto en su literal (b), se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las cláusulas presuntamente vulneradas y las consecuencias que podrían derivarse en desarrollo de la actuación, todas consignadas en la citación a audiencia y que se circunscriben al presunto incumplimiento de la obligación relacionada con el fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, contenidas en el Capítulo IV, numeral 4.7 “Patrimonio Autónomo”, literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1 “Principales Obligaciones del Concesionario” literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1 “Interventoría” literales (b) y (d) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021.

Surtido lo anterior, se otorgó la palabra a los apoderados de la Concesión y de las aseguradoras, quienes rindieron descargos y solicitaron pruebas. El Despacho decidió suspender la sesión de audiencia para analizar los argumentos expuestos, el material probatorio allegado y las solicitudes probatorias propuestas, y en consideración a esto, fue proferido el Auto No. 20237070002456 del 20 de octubre de 2023<sup>2</sup>, mediante el cual el Despacho, resolvió:

**“PRIMERO. INCORPORAR** al expediente y darle el valor probatorio que la ley le otorgue a las siguientes pruebas documentales allegadas por la apoderada de la sociedad portuaria **Puerto Solo S.A.**, presentadas en la sesión de instalación de audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, celebrada el día 31 de julio de 2023 y que quedó radicado en la ANI con el No. 20234090848512, de conformidad con la parte motiva del presente Auto, así:

**1.1.** Contrato de fiducia No. 13770 suscrito entre Puerto Solo y Fiduciaria Bancolombia S. A. Sociedad Fiduciaria.

**1.2.** Estado de cuenta de la cuenta para la interventoría de junio de 2023.

**1.3.** Comunicación del 06 de septiembre de 2022 enviada por Puerto Solo a la ANI, en respuesta a la

<sup>1</sup> Remitido con correo electrónico de fecha 14 de julio de 2023, asunto: Notificación Oficio N° 20237070248131 del 14JUL2023. PUERTO SOLO S.A. Exp. 20237070320700030E.

<sup>2</sup> Notificado con correo electrónico de fecha 20 de octubre de 2023, asunto: Notificación Auto N° 20237070002456 del 20OCT2023. Puerto Solo S.A. Exp. 20237070320700030E



comunicación con radicado ANI. 20223080262071.

**SEGUNDO. DECRETAR DE OFICIO** por parte de la Agencia Nacional de Infraestructura, la siguiente prueba:

2.1. Requerir a la fiduciaria Bancolombia S.A. sociedad fiduciaria, para que presente un informe actualizado sobre cuál es el monto de los recursos que el concesionario **Puerto Solo S.A.** ha fondeado por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, y la fecha en la que estos se han realizado.

Para la práctica de la prueba se otorgará un plazo de diez (10) días hábiles a partir de la comunicación del presente Auto, a fin de que la Fiduciaria Bancolombia S.A. sociedad fiduciaria, dé respuesta a la solicitud presentada. Una vez la misma sea allegada, se ordenará su incorporación y traslado.

**TERCERO. DAR TRASLADO** a los garantes, Seguros del Estado S.A. y Nacional de Seguros S.A., de las pruebas documentales incorporadas en el numeral primero del presente Auto, con el objeto de garantizar el derecho de defensa y contradicción, por un término de tres (3) días, contados a partir de la notificación de la presente decisión. Dicho traslado se surtirá a través del correo electrónico de notificaciones autorizado por los comparecientes.

Para el efecto, los Garantes podrán radicar sus observaciones a los documentos al buzón electrónico notificaciones\_sancionatorios@ani.gov.co durante el término del traslado. Adicionalmente, se precisa que respecto de las demás pruebas documentales que se decretaron y que aún no se han practicado e incorporado, una vez se incorporen, se surtirá el traslado correspondiente.

**CUARTO. RECHAZAR** por las razones expuestas en la parte motiva del presente Auto, las siguientes pruebas:

4.1. Oficiar a la fiduciaria Bancolombia S.A. sociedad fiduciaria, para que certifique a la fecha el traslado de los recursos que realizó la concesionaria en el año 1 de la concesión y el estado actual de la cuenta.  
(...)"

Los garantes no se pronunciaron sobre el traslado realizado.

2.1.4 Con Auto No. 20237070002636 del 09 de noviembre de 2023<sup>3</sup>, se incorporaron y trasladaron a los convocados el Oficio No. C305100002-1424-2023, con "Asunto: Fideicomiso P.A. Puerto Solo Buenaventura (13770) Respuesta Radicado ANI No.20237070390221" del 07 de noviembre de 2023, y correo electrónico de fecha 07 de noviembre de 2023, con los cuales Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria atendió la prueba decretada en el Auto de 20 de octubre de 2023. Los garantes no se pronunciaron sobre el traslado realizado.

2.1.5 Mediante correo electrónico de fecha 15 de noviembre de 2023, la apoderada del concesionario recorrió el traslado reiterando los argumentos de los descargos, como lo son "(...) durante el año 1, que inició el 9 de septiembre de 2021, Puerto Solo no estuvo obligado a ejecutar actividades de construcción y, por tanto, quedó relevado de la obligación de fondear la subcuenta de la Interventoría durante ese periodo. Por esto, Puerto Solo ha entendido que el aporte realizado durante ese año para el pago de la Interventoría debe imputarse al año 2 de la concesión. (...) En consecuencia, en la medida en que el fondeo para el año 2 sí fue realizado, se impone concluir que Puerto Solo no ha incumplido la obligación de fondear la cuenta de la Interventoría durante el año 2 de la concesión y, por lo tanto, es improcedente la multa que busca imponer la ANI en el marco de este proceso sancionatorio. (...)".

2.1.6. Con Auto No. 20237070002896 del 06 de diciembre de 2023<sup>4</sup>, se fijó fecha de reanudación de audiencia para el día 11 de diciembre de 2023, a las 02:00pm, mediante conexión por la aplicación Microsoft Teams.

<sup>3</sup> Notificado con correo electrónico de fecha 09 de noviembre de 2023, asunto: Notificación Auto No.20237070002636 del 9NOV2023. SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A. "PUERTO SOLO S.A." EXP.20237070320700030E

<sup>4</sup> Notificado con correo electrónico de fecha 06 de diciembre de 2023, asunto: Notificación Auto N° 20237070002896 del 06DIC2023. Puerto Solo S.A. Exp. 20237070320700030E



## 2.2. CARGOS IMPUTADOS

Tal como se señaló desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el cargo imputado a la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A. está relacionado con el presunto incumplimiento contractual de la obligación relacionada con el fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, contenidas en el Capítulo IV, numeral 4.7 “Patrimonio Autónomo”, literal (f), romanito (v) , Capítulo V, numeral 5.1 “Principales Obligaciones del Concesionario” literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1 “Interventoría” literales (b) y (d) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021.

El cargo se fundamentó 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 hagan, junto con las demás pruebas recaudadas y aportadas en el curso de la actuación.

## 2.3. PRUEBAS RECAUDADAS EN LA ACTUACIÓN.

A continuación, se relaciona el acervo probatorio legalmente recaudado durante el trámite procesal de la presente actuación sancionatoria contractual, al cual se le dará valor probatorio siempre que resulte conducente, pertinente y útil, para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento.

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

- Resolución No. 20207020010365 de 30 de julio de 2020.
- Resolución No. 20207020017945 de 2 de diciembre de 2020.
- Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021.
- Otrosí No.001 de 2022 SP Puerto Solo S.A.
- Orden de Inicio.
- Oficio Radicado ANI No. 20213080412181 del 28 de diciembre de 2021.
- Oficio radicado ANI No. 20223080262071 del 29 de agosto de 2022.
- Memorando con radicado ANI 20223030135063 del 06 de noviembre de 2022.
- Oficio radicado ANI No. 20224091003712 del 8 de septiembre de 2022.
- Oficio radicado ANI No. 20223080291131 del 16 de septiembre de 2022.
- Oficio radicado ANI No. 20223080368271 del 16 noviembre de 2022.
- Memorando 20223030148153 del 30 de noviembre de 2022
- Memorando radicado ANI No.20223030372271 del 17 de noviembre de 2022.
- Memorando 20233030032503 del 28 de febrero de 2023.
- Oficio con radicado ANI 20233030088141 del 15 de marzo de 2023.
- Memorando 20233030057253 del 18 de abril de 2023.
- Oficio con radicado ANI No. 20233080214031 del 20 de junio de 2023.
- Garantía de Cumplimiento No. 21-44-101341212 (Anexo 2, expedido el 4 de mayo de 2021).
- Comunicación aprobación garantía radicado 20213030193161 del 28 de junio de 2021.
- Memorando con radicado ANI No. 20233030069733 del 12 de mayo de 2023.
- Memorando con radicado ANI No. 20237070085583 del 13 de junio de 2023.
- Memorando con radicado ANI No. 20233080090493 del 21 de junio de 2023.
- Memorando con radicado ANI No. 20233080098093 del 05 de julio de 2023.

### 2.3.2. Pruebas aportadas por el Concesionario:

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

- Contrato de fiducia mercantil No. 13770, suscrito el 11 de mayo de 2021, entre Puerto Solo y Fiduciaria Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria.
- Archivo denominado “Estado de cuenta de junio 2023 (21180136.1).
- Comunicación del 06 de septiembre de 2022 enviada por Puerto Solo a la ANI, en respuesta a la comunicación con radicado ANI. 20223080262071.

### 2.3.3. Pruebas recaudadas de oficio:



Informe actualizado y expedido por Fiduciaria Bancolombia S.A., donde se detallan los montos de los recursos que el concesionario ha fondeado por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, y la fecha en la que estos han sido realizados; documento recibido vía correo electrónico el día 07 de noviembre de 2023, bajo el oficio No. C305100002-1424-2023, con "Asunto: Fideicomiso P.A. Puerto Solo Buenaventura (13770) Respuesta Radicado ANI No.20237070390221"

### 3. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS CITADOS.

#### 3.1. De los argumentos de defensa presentados por la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A.

La Apoderada de la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A., el día 31 de julio de 2023, 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:

La apoderada del concesionario confirma que PUERTO SOLO S.A. realizó el pago de fondeo para el año 1 contractual, por lo cual debe entenderse este pago imputado al año 2 porque, de conformidad con el contrato, puntualmente la cláusula 7.1, literal b), el fondeo se encuentra sujeto a la ejecución del plan de inversiones y las partes desplazaron el plan de inversiones a través del otrosí No. 01 suscrito el día 05 de agosto de 2022.

Así mismo, manifiesta que la obligación de fondear es una obligación sujeta a la condición de que se debe pagar la interventoría, lo cual supone que la ANI contrate un interventor, en los términos de las cláusulas 7.1, literal a) y 4.7 literal f), romanito i) y ii), sin embargo, a la fecha esta contratación no ha sucedido por parte de la ANI.

Con base en lo anterior, y al tenor del artículo 1542 del Código Civil, la obligación condicional sólo es exigible cuando se verifica el cumplimiento de la condición, razón por la cual en el caso analizado la obligación de fondear no resulta jurídicamente exigible.

Por último, indica que se configuran los elementos de la excepción de contrato no cumplido, establecida en el artículo 1609 del Código Civil, en la medida que la ANI no ha cumplido con su obligación contractual de contratar la interventoría, lo cual se establece en el contrato en términos prescriptivos y no como una posibilidad.

En consideración a los argumentos expuestos, la apoderada del concesionario solicitó respetuosamente al Despacho y a la Agencia Nacional de Infraestructura desestimar las motivaciones que dieron lugar a la citación, declarar que no hubo incumplimiento por parte de Puerto Solo y que no habría lugar a la multa y mucho menos a la afectación de la póliza en los términos anunciados en la citación.

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

La apoderada del garante puso de presente que, para entrar a determinar si existe un incumplimiento o no por parte del concesionario debe el Despacho analizar si han surgido a la vida jurídica los elementos esenciales de la responsabilidad contractual subjetiva, que corresponden al contrato válidamente celebrado, la conducta, culpa o dolo, daño y nexos causal.

Afirma que tal y como lo señaló la apoderada del concesionario, no se ejecutaron actividades del plan de inversión y por lo tanto el aporte realizado debe imputarse al segundo año de concesión, por lo que considera la aseguradora que frente a los hechos que constituirían el presunto incumplimiento por parte de Puerto Solo, se encontraría ante una ausencia de incumplimiento y en ese orden de ideas el Despacho debe proceder con la terminación de la actuación administrativa sancionatoria.

Así mismo, coadyuva la posición de la apoderada del concesionario, en el sentido de indicar que no ha surgido a la vida jurídica la obligación condicional de cumplir con el fondeo, teniendo en cuenta que no se ha contratado la interventoría, por lo cual no se estaría en un escenario de incumplimiento.

De igual forma, indica frente a la posible imposición de la multa que la doctrina y la jurisprudencia han expresado sobre la finalidad de esta, que no es otra diferente que la de conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas, por lo cual no se evidencia que el contratista se encuentre en una situación de incumplimiento y por ello no se estaría dando dicha finalidad.



Así las cosas, Seguros del Estado considera que la ANI no tiene justificación para imponer esta sanción consistente en multa, y por ello solicita al Despacho se proceda con la terminación de la presente actuación administrativa sancionatoria.

Como argumento subsidiario, manifiesta que en el evento en que el Despacho opte por imponer la sanción de multa, deberá tener en cuenta el límite de responsabilidad de cada una de las aseguradoras y dar aplicabilidad a la figura de la compensación.

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

El apoderado del Garante señaló que coadyuva en su integridad la totalidad de los argumentos que fueron expuestos por el Concesionario y la apoderada de Seguros del Estado, y puso de presente que la ANI debe realizar un análisis del contrato, y en especial del otrosí No. 01, a efectos de concluir que, en primer lugar, hubo un desplazamiento de los tiempos de cumplimiento de la obligación de fondear la subcuenta de interventoría como consecuencia del desplazamiento de la ejecución del plan de inversiones, por lo que el pago efectuado en el año 1 debe imputarse para el año 2.

Y en segundo lugar, que no hay una obligación incumplida por el concesionario, al no ser esta exigible, dada la íntima relación entre el plan de inversiones y la contratación de la interventoría, teniendo en cuenta que a la fecha la ANI no ha realizado la contratación de esta última y el contratista cumplió con la obligación de pago de fondeo para esta cuenta el primer año, por lo tanto no hay un incumplimiento imputable al concesionario, y por ende la póliza no podría afectarse.

De igual forma indica que no sería posible imponerse la multa, toda vez que la función de esta se encuentra relacionada a conminar el cumplimiento de una obligación presuntamente incumplida, que para la presente actuación no se evidencia tal incumplimiento y, en caso de imponerse, habría una descompensación en las cargas económicas del contrato, teniendo en cuenta que la ANI estaría recibiendo unos dineros derivados de una imposición de una multa que no tendría soporte legal para ello, lo anterior en virtud de las cargas y deberes económicos de las dos partes.

Así mismo, recuerda que en el presente caso y de cara a la póliza expedida por las aseguradoras, estas han asumido un porcentaje y suma asegurada respecto al cubrimiento del amparo, lo cual deberá ser considerado en caso de que llegue a imponerse la respectiva multa. También, plantea lo referente a la aplicación de la figura de la compensación.

Solicita que se tengan en cuenta los valores de la afectación de la póliza, en caso de que en este y en el otro proceso que se adelanta contra Puerto Solo, se lleguen a imponer las respectivas multas.

Finalmente, coadyuva las pruebas solicitadas por parte del concesionario y de esta forma solicita se dé fin al proceso administrativo sancionatorio, se ordene su archivo sin sanción alguna para el contratista y sin ningún tipo de afectación a la póliza expedida por Seguros del Estado en la cual participa como coasegurador.

## **4. 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 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. 2022100007275 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. 001 de 2021 suscrito entre la Agencia Nacional de Infraestructura y la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. “PUERTO SOLO S.A.”., esta Agencia 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 Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. “PUERTO SOLO S.A.”. cumplió o no con las obligaciones contenidas en el Capítulo IV, numeral 4.7 “Patrimonio Autónomo”, literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1 “Principales Obligaciones del Concesionario” literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1 “Interventoría” literales (b) y (d), relacionadas con la obligación de fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, para determinar si hay lugar a declarar el incumplimiento, y en ese caso, analizar si como consecuencia de ello, procede o no la imposición de la multa y/o 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 Energética



Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. "PUERTO SOLO S.A.", por parte de la ANI, mediante la expedición de la Resolución No. 1794 del 02 de diciembre de 2020, una Concesión Portuaria por cumplir los requisitos exigidos por la mencionada Ley y las condiciones fijadas en la Resolución No. 20207020010365 de 2020<sup>5</sup>, suscribiendo así el 29 de enero de 2021 el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, cuyo objeto consiste en "(...) el otorgamiento de una concesión portuaria, para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1 de 1991, el Concesionario ocupe de manera temporal y exclusiva, los bienes de uso público descritos en la Sección 6.1 para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público; a cambio de una contraprestación económica a favor del Concedente, en los términos descritos en la Sección 4.1 de este Contrato."

Adicionalmente, hay que tener presente que dicho contrato goza de ciertas características que lo diferencian ampliamente de otros negocios jurídicos, 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."*

Puntualmente, en lo que se refiere a la concesión portuaria se estipula en el artículo 5, numeral 5.2 de la mencionada Ley 01 de 1991, lo siguiente:

*"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."*

En la definición que nos traen las normas transcritas en precedencia, 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 que la Nación concede a este la explotación, en el presente caso de un terminal marítimo de uso público, 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 fondeo de los recursos para el año 2 contractual por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, se encuentra establecida en las siguientes cláusulas del Contrato de Concesión No. 001 de 2021:

#### **"CAPÍTULO IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO**

(...)

#### **4.7 – Patrimonio Autónomo**

(...)

(f) Aspectos particulares del Patrimonio Autónomo para el pago de la Interventoría:

(...)

(v) El Concesionario estará obligado a fondear este Patrimonio Autónomo durante la vigencia del Contrato y como parte de las obligaciones a su cargo, los aportes deberán realizarse de manera anticipada.

<sup>5</sup> "Por la cual se indican los términos en los que se podrá otorgar una concesión portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA ENERGÉTICA MULTIPROPÓSITO Y CONTENEDORES PUERTO SOLO BUENAVENTURA S.A., y se toman otras determinaciones"





(...)

## CAPÍTULO V OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL PROYECTO

### 5.1 Principales Obligaciones del Concesionario:

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

(...)

*(v) Depositar en el Patrimonio Autónomo que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la Interventoría, en las condiciones previstas en el presente Contrato.*

(...)

*(rr) Garantizar los recursos necesarios en el Patrimonio Autónomo para que, a través de la ANI, se contrate una Interventoría técnica, administrativa, social, ambiental, jurídica y financiera en los términos establecidos en este Contrato, cuyo objeto será la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales.*

(...)

*(hhh) Atender dentro de los quince (15) Días siguientes, a todo requerimiento escrito que haga el Concedente y/o la Interventoría.*

(...)"

## CAPÍTULO VII INTERVENTORÍA Y SUPERVISIÓN

### 7.1 Interventoría

(...)

*(b) El Concesionario depositará en el Patrimonio Autónomo que constituya para el efecto por concepto de interventoría de Obras e Inversiones, la suma de MIL NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTIDOS PESOS COLOMBIANOS (COP \$1.093.696.822.00) Constantes de diciembre de 2019, por cada año de ejecución del Plan de Inversiones y máximo dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del contrato de Patrimonio Autónomo en concordancia con lo establecido en la Sección 4.7. de este Contrato. En caso de que el Plan de Inversiones tenga una duración superior a la establecida en dicha Sección, el Concesionario deberá seguir fondeando el Patrimonio Autónomo de manera proporcional a la duración adicional de ejecución al Plan de Inversiones.*

(...)

*(d) El aporte de estos recursos se deberá realizar de la siguiente manera:*

Ítem	Año contractual	Monto Anual (expresados en Pesos constantes de diciembre de 2019).	Fecha Máxima de Aporte, y actualización
Interventoría de Obras e Inversiones	1	\$1.093.696.822.00	Dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del contrato de fiducia mercantil por el que constituye el Patrimonio Autónomo, y actualizando el monto con el IPC (certificado por el DANE) del mes inmediatamente anterior al mes de fondeo.
Interventoría de Obras e Inversiones	2	\$1.093.696.822.00	<b>Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del año 2 contractual, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DANE) del Mes inmediatamente anterior al Mes de fondeo.</b>
Interventoría de Obras e Inversiones	3	\$1.093.696.822.00	Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del año 3 contractual, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DANE) del Mes



<i>Inversiones</i>			<i>inmediatamente anterior al Mes de fondeo.</i>
<i>Interventoría de Reversión</i>	<i>Último año de concesión</i>	\$273.711.591.00	<i>Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del último año de concesión, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DAÑE) del Mes inmediatamente anterior al Mes de fondeo.</i>

(...)"

## 5. 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 fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, se encuentra demostrado a partir de lo indicado en el Oficio No. C305100002-1424-2023 del 7 de noviembre de 2023, expedido por la Fiduciaria Bancolombia S.A., en el que se hace constar lo siguiente:

(...)"

RECURSOS INTERVENTORÍA DE OBRAS E INVERSIONES							
AÑO CONTRACTUAL	MONTO ANUAL (EXPRESADOS EN PESOS CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2019)	FECHA MÁXIMA DE APORTE, Y ACTUALIZACIÓN	PERIODO IPC	IPC	VALOR ACTUALIZADO	VALOR RECAUDADO	FECHA DE INGRESO
1	\$ 1,093,696,822.00	Dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del CONTRATO DE FIDUCIA por el que constituye el FIDEICOMISO, y actualizando el monto con el IPC (certificado por el DANE) del mes inmediatamente anterior al mes de fondeo.	abr-21	107.76%	\$ 1,135,421,671.86	\$ 1,135,421,671.86	18/05/2021

A la fecha no se han recibido los recursos correspondientes a los siguientes años establecidos en el contrato fiduciario.

(...)"

Sobre este punto es de anotar que previo al vencimiento del plazo estipulado en el contrato (20/09/2022) para el cumplimiento de la obligación de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, año 2 contractual, la Agencia recordó al Concesionario que debía dar cumplimiento a la referida obligación a través de diferentes comunicaciones, entre ellas los Oficios Nos. 20213080412181 del 28 de diciembre de 2021, 20223080262071 del 29 de agosto de 2022 y 20223080291131 del 16 de septiembre de 2022.

El concesionario a través del radicado ANI No. 20224091003712 del 8 de septiembre de 2022 dio contestación al oficio del 29 de agosto de 2022, concluyendo que *"En consecuencia, toda vez que Puerto Solo S.A. cumplió con su obligación de aportar los recursos por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones en el año 1, pero posteriormente, este año 1 quedó sin inversiones por ejecutar (de conformidad con el Otrosí No. 1), se solicita a la ANI acoger la posición según la cual el valor fondeado para el año 1 por el Concesionario, se entiende realizado para el año 2, y en esa medida, no exigir que para el presente año 2022 se realice fondeo relacionado con Interventoría."*

En respuesta a esta comunicación del Concesionario la Agencia emitió el oficio No. 20223080291131 del 16 de septiembre de 2022, en el que se señala lo siguiente:

(...)"

1. El Otrosí No. 1 de fecha 5 de agosto de 2022 que tuvo como objeto el desplazamiento del plan de inversiones no modificó el literal (b) del numeral 7.1 CAPITULO VII del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, razón por la cual la obligación allí prevista sigue siendo exigible en esos mismos términos.

2. En el modelo financiero que soportó la suscripción del Otrosí No. 1 de 2022, se evidencia que los valores de aportes a la interventoría no se modificaron para los años 1 a 3 del contrato de concesión.

3. Se mantiene por tanto vigente lo que indica el contrato de concesión Portuaria No. 001 de 2021, CAPITULO VII numeral 7.1 literales (b) y (d).



(...) se reitera la comunicación con radicado ANI No. 20223080262071 del 29 de agosto de 2022, que indica el compromiso de la Sociedad Portuaria Puerto Solo S.A., de realizar el fondeo de recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones.

En consecuencia, se indica que el Concesionario debe realizar la actualización del valor según las cláusulas contractuales y transferir el monto establecido en el Contrato de Concesión Portuaria según la fecha máxima para realizar la transferencia a la Entidad Financiera, teniendo presente como ya se señaló, que el año contractual 2 empezó el 9 de septiembre de 2022, correspondiendo al concesionario cumplir con lo ya indicado.

(...)"

Así las cosas, se advierte que desde el principio el concesionario ha planteado la inexistencia de incumplimiento alguno por el no pago del fondeo por concepto de interventoría para el año 2 contractual, con el argumento que para el 20 de septiembre de 2022 se había suscrito el otrosí No.1 del 5 de agosto de 2022, con el cual se había modificado el cronograma del plan de inversiones, por lo que el pago efectuado en el año contractual 1 debía ser imputado al año 2 contractual, posición que ha sido sostenida tanto en la exposición de sus descargos, al igual que con el descorre del traslado del oficio emitido por la Fiduciaria Bancolombia S.A.

Sobre este aspecto es importante recordar que tal y como se indicó, por la Gerencia de Proyectos Portuarios y la Coordinación GIT Financiero de la ANI en el oficio No. 20223080291131, la obligación imputada como presuntamente incumplida en esta actuación, así como los valores de aportes a la interventoría en el modelo financiero que soportó la suscripción del otrosí No. 1 no fueron objeto de modificación alguna, ello se constata en el mismo otrosí en el que se pactó, entre cosas, lo siguiente:

**“CLÁUSULA OCTAVA. – Vigencia y Validez de lo no modificado.** Las demás condiciones establecidas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021 que no se modificaron mediante el presente Otrosí se mantienen vigentes.”

Además, en su parte considerativa en lo concerniente al modelo financiero se dejó expuesto:

**“CAPÍTULO IV - ANÁLISIS FINANCIERO DE LA SOLICITUD DE DESPLAZAMIENTO DEL PLAN DE INVERSIÓN**

*Como se mencionó en el capítulo anterior, se reitera lo inicialmente presentado por Puerto Solo en cuanto al Modelo Financiero Original. En esa medida, todo lo contenido en referencia al Modelo Financiero Original dentro del Documento Técnico Solicitud de Otorgamiento de la Concesión Portuaria Puerto Solo del 30 de enero de 2020 permanece en pleno vigor conforme a lo dispuesto por el Contrato de Concesión y documentos legales complementarios, salvo las modificaciones al Modelo Financiero Original que aquí se explican y que posteriormente formalicen las partes en el otrosí correspondiente.”*

Al estudiar el aludido otrosí, se advierte que ni en su parte considerativa ni en la resolutive se hace mención alguna a lo relacionado con los fondeos por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, por lo que en los términos de ese mismo otrosí, es forzoso concluir que, contrario a lo argumentado por el concesionario, la obligación aquí imputada sí le es exigible.

En este punto resulta oportuno no olvidar que el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 dispone: “Los Contratos son Ley para las Partes. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”, norma que resulta aplicable en consideración a que el artículo 13 de la Ley 80 de 1993 autoriza la aplicación del régimen general a la contratación estatal siempre que no se contravenga con los principios administrativos. Respecto, de lo determinado en el aludido artículo del Código Civil, el Consejo de Estado<sup>6</sup> se ha pronunciado en los siguientes términos:

*“Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, este 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*

<sup>6</sup> 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



*económico y por ello, en general, la ley debe operar sólo de manera supletiva, frente a los vacíos que las partes hayan podido dejar respecto de la regulación de su relación y sólo para llenar esas lagunas de la voluntad. Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato; como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602 establece que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración".*

Con fundamento en lo expresado en precedencia es necesario concluir que el concesionario se obligó a dar cumplimiento al fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, de conformidad con lo estipulado en el Capítulo IV, numeral 4.7, literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1, literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1, literales (b) y (d) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, por lo que el correspondiente pago se debió efectuar en el mes de septiembre de 2022, en tanto que lo allí establecido se constituye en ley para las partes, y tal regla contractual no fue modificada por el otrosí No. 1, como erróneamente lo sostiene el Concesionario.

Pese a lo antes expuesto, este Despacho considera necesario analizar si del estudio sistemático de las cláusulas 4.7 literal f), romanito i) y ii) y 7.1, literales a) y b), se deduce que la obligación de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones se entiende desplazada como consecuencia de la modificación del plan de inversiones. Para ello es importante traer a colación el tenor literal de esas cláusulas, así:

#### *"4.7 Patrimonio Autónomo*

*Será obligación del Concesionario, actuando como fideicomitente, constituir un Patrimonio Autónomo a través del cual se administren los recursos aportados por el Concesionario para fondear el costo de la Interventoría a que se refiere la Sección 7.1. en los siguientes momentos de ejecución del Contrato y atendiendo las reglas establecidas en la presente Sección:*  
(...)

*(f) Aspectos particulares del Patrimonio Autónomo para el pago de la Interventoría:*

*(i) La ANI será la encargada de dar instrucciones a la Fiduciaria para el uso de estos recursos, los cuales en todo caso deberán destinarse a atender las actividades relacionadas con el pago de la Interventoría del Contrato.*

*(ii) El Patrimonio Autónomo deberá tener al menos una cuenta denominada "Cuenta Interventoría" en la cual se fondearán los recursos para el pago a la Interventoría. Los recursos disponibles en la Cuenta Interventoría se destinarán a la atención de los pagos al Interventor del Contrato. Para que la Fiduciaria efectúe cada pago, se requerirá siempre de la correspondiente Notificación por parte de la ANI.*  
(...)

#### *7.1. Interventoría*

*(a) El Concedente contratará mediante los procedimientos aplicables que garanticen transparencia en su selección una Interventoría administrativa, técnica, financiera, ambiental, social, contable, predial y jurídica para realizar el seguimiento del Plan de Inversiones y el trámite de Reversión a cargo del Concesionario. El costo de dicha interventoría será asumido por el Concesionario, con cargo a los costos del proyecto de concesión portuaria, que se encuentra reflejado en el modelo financiero. El Concesionario constituirá un Patrimonio Autónomo de conformidad con las reglas establecidas en la Sección 4.7 de este Contrato, donde depositará los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Interventoría a órdenes del Concedente, y de acuerdo con los valores definidos en el modelo financiero presentado por el Concesionario en su solicitud de concesión.*

*(b) El Concesionario depositará en el Patrimonio Autónomo que constituya para el efecto por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, la suma MIL NOVENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTIDOS PESOS COLOMBIANOS (COP \$1.093.696.822.00) Constantes de diciembre de 2019, por cada año de ejecución del Plan de Inversiones y máximo dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del contrato de*



*Patrimonio Autónomo en concordancia con lo establecido en la Sección 4.7. de este Contrato. En caso de que el Plan de Inversiones tenga una duración superior a la establecida en dicha Sección, el Concesionario deberá seguir fondeando el Patrimonio Autónomo de manera proporcional a la duración adicional de ejecución al Plan de Inversiones.”*

De las cláusulas previamente transcritas se colige que el concesionario está obligado a constituir un patrimonio autónomo, el cual deberá tener una cuenta denominada “Cuenta Interventoría”, en la que se fondearán los recursos para el pago de esta, siendo la ANI la encargada de dar instrucciones a la fiduciaria para el uso de esos recursos, al igual que la obligada a la contratación de la interventoría; tales recursos deben ser depositados por el Concesionario por cada año de ejecución del plan de inversiones.

Del contenido de estas cláusulas, al igual que de lo planteado por el concesionario, este Despacho no puede desconocer que en efecto la cuenta en el patrimonio autónomo denominada “Cuenta Interventoría” se constituye para destinar unos recursos que permitan garantizar el pago de la respectiva interventoría y que esos recursos deben ser fondeados por cada uno de los años de ejecución del plan de inversiones, pero ello no implica, como lo pretende el Concesionario, que esos fondeos sólo resultan exigibles siempre y cuando el plan de inversiones se encuentre en ejecución.

Sobre esta última afirmación resulta oportuno poner de presente que, el plan de inversiones acordado por la ANI y el concesionario en el otrosí No. 1 determina que este comprende cuatro (4) años, aunque las inversiones sólo se ejecutarán durante tres (3) años, correspondientes a los años 2, 3 y 4 toda vez que en el primer año no se previeron inversiones, lo que resulta coherente con la obligación del concesionario de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones igualmente por tres (3) años, precisamente en correspondencia a cada uno de los años en los que el plan de obras tendrá ejecución.

Sin embargo, ello no significa que cada fondeo a la mencionada cuenta del Patrimonio autónomo sólo deba efectuarse durante los años en los que se tiene prevista la ejecución del plan de inversiones, tan es así que aunque en el referido otrosí sólo se estableció la ejecución del plan de inversiones para los años 2, 3 y 4, no se consideró necesaria la modificación de las cláusulas aquí imputadas como presuntamente incumplidas, particularmente la cláusula 7.1, literal d), pese a que esta determina que los fondeos por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones debían efectuarse en los años contractuales 1, 2 y 3, en los siguientes términos:

#### “CAPÍTULO VII INTERVENTORÍA Y SUPERVISIÓN

##### 7.1 Interventoría (...)

(d) El aporte de estos recursos se deberá realizar de la siguiente manera:

Ítem	Año contractual	Monto Anual (expresados en Pesos constantes de diciembre de 2019).	Fecha Máxima de Aporte, y actualización
Interventoría de Obras e Inversiones	1	\$1.093.696.822.00	Dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del contrato de fiducia mercantil por el que constituye el Patrimonio Autónomo, y actualizando el monto con el IPC (certificado por el DANE) del mes inmediatamente anterior al mes de fondeo.
Interventoría de Obras e Inversiones	2	\$1.093.696.822.00	<b>Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del año 2 contractual, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DANE) del Mes inmediatamente anterior al Mes de fondeo.</b>
Interventoría de Obras e Inversiones	3	\$1.093.696.822.00	Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del año 3 contractual, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DANE) del Mes inmediatamente anterior al Mes de fondeo.



(...)” (Negrillas del Despacho)

De ser correcta la interpretación efectuada por el concesionario, la aludida cláusula también habría tenido que ser objeto del otrosí No. 1 para modificar los plazos establecidos por las partes para que el concesionario cumpliera con su obligación de fondear la cuenta denominada “Cuenta Interventoría”, en tanto que se reitera que lo acordado entre la ANI y el concesionario en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021 y sus modificaciones se erige en ley para ellas.

De lo anterior se concluye que la obligación del concesionario de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones “por cada año de ejecución del Plan de Inversiones” está relacionada con el número de años que dicho plan tiene previsto para su ejecución, mas no con una correspondencia entre el año de ejecución y el de fondeo, razón por la cual no es posible imputar el fondeo efectuado por el concesionario en el año contractual 1 al año 2 contractual.

Adicionalmente, y de cara a las pruebas aportadas por el concesionario para que fueran tenidas en cuenta y que se incorporaron a la presente actuación, este Despacho evidencia que el radicado ANI No. 20224091003712 del 8 de septiembre de 2022, con el cual el concesionario dio contestación al oficio No. 20223080262071 del 29 de agosto de 2022, simplemente da cuenta de su postura frente al cumplimiento de la obligación aquí reprochada, postura que es equivocada como ha sido objeto de análisis en este acto administrativo, y que desde mucho antes del presente proceso sancionatorio había sido resuelta por la ANI, indicándole al Concesionario que debía fondear conforme a las fechas estipuladas en el Contrato original, toda vez que dichas fechas no habían sido modificadas con ocasión del Otrosí No. 1, todo lo cual permite evidenciar que para el 6 de septiembre de 2022 (radicado ANI 20224091003712 del 8 de septiembre de 2022), fecha de la aludida comunicación, el concesionario tenía la postura de no fondear el año 2 contractual por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones dentro del plazo estipulado, lo que igualmente da cuenta del incumplimiento imputado.

En lo concerniente al Contrato de fiducia mercantil No. 13770, suscrito el 11 de mayo de 2021, entre Puerto Solo y Fiduciaria Bancolombia S.A. Sociedad Fiduciaria y, el archivo denominado “Estado de cuenta de junio 2023 (21180136.1), este Despacho observa que ninguno de estos desvirtúa el incumplimiento imputado en tanto que el primero simplemente da cuenta de la existencia de un contrato de fiducia mercantil irrevocable de administración y pagos celebrado entre las partes ya mencionadas, y el segundo acredita los movimientos de la cuenta correspondiente al Contrato No. 13770 en el período comprendido entre el 1 y 30 de junio de 2023, pero en el no se puede determinar cuáles de esos movimientos financieros corresponden al fondeo efectuado por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones.

De lo hasta aquí expuesto, se tiene que se encuentra acreditado que el concesionario incurrió en el incumplimiento de la obligación contenida en el Capítulo IV, numeral 4.7, literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1, literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1, literales (b) y (d) del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, relacionada con el fondeo del año 2 contractual por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, por lo que resta ahora al Despacho analizar los argumentos de los convocados a efectos de determinar si el incumplimiento demostrado, le es o no imputable a Puerto Solo S.A.

Adicional a ello, y como lo demuestra el oficio remitido por la Fiduciaria Bancolombia, en respuesta a la prueba decretada de oficio por este Despacho, dicho incumplimiento persiste a la fecha, en tanto en el Oficio No. C305100002-1424-2023 del 7 de noviembre de 2023, expedido por la Fiduciaria Bancolombia S.A., se hace constar lo siguiente:

“(…)”

RECURSOS INTERVENTORÍA DE OBRAS E INVERSIONES							
AÑO CONTRACTUAL	MONTO ANUAL (EXPRESADOS EN PESOS CONSTANTES DE DICIEMBRE DE 2019)	FECHA MÁXIMA DE APORTE, Y ACTUALIZACIÓN	PERIODO IPC	IPC	VALOR ACTUALIZADO	VALOR RECAUDADO	FECHA DE INGRESO
1	\$ 1,093,696,822.00	Dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del CONTRATO DE FIDUCIA por el que constituye el FIDEICOMISO, y actualizando el monto con el IPC (certificado por el DANE) del mes inmediatamente anterior al mes de fondeo.	abr-21	107.76%	\$ 1,135,421,671.86	\$ 1,135,421,671.86	18/05/2021

A la fecha no se han recibido los recursos correspondientes a los siguientes años establecidos en el contrato fiduciario.

(...)”



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

### ➤ Frente a la suscripción del otrosí No. 01 que modificó el cronograma del plan de inversiones, - Inexistencia de incumplimiento

La apoderada del concesionario manifiesta que se realizó el pago de fondeo para el año 1 contractual, por lo cual debe entenderse este pago imputado al año 2 teniendo en cuenta que, de conformidad con el contrato, el fondeo se encuentra sujeto a la ejecución del plan de inversiones y como las partes acordaron desplazar el plan de inversiones a través del otrosí No. 01 suscrito el día 05 de agosto de 2022, ese primer pago corresponde al año 2 contractual, en tanto que en el año 1 no se previó la ejecución de inversión alguna en el plan de inversiones.

Al respecto el Despacho reitera que, si bien se aprobó un desplazamiento en el cronograma del plan de inversiones, el otrosí No. 1 no modificó las condiciones de cumplimiento de la obligación que en este caso se predica como presuntamente incumplida pues, en el modelo financiero que soportó la suscripción del otrosí No. 01 de 2022 se evidencia que los valores de aportes a la interventoría no se modificaron para los años 2 a 4 del contrato de concesión sino que se mantuvieron en los años 1 a 3 contractuales, por lo tanto, se mantuvo vigente lo que indica el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021 en la cláusula 7.1 literal (d), que relaciona la obligación de la Sociedad Portuaria Puerto Solo S.A. de realizar el fondeo de recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, dentro de los ocho (8) días hábiles al inicio del año 2 contractual (el inicio de dicho año se dio el 9 de septiembre de 2022).

Así mismo, el Despacho insiste en que se está haciendo una interpretación errada de la disposición contractual toda vez que, los literales b) y d) de la cláusula 7.1 sencillamente dispusieron el fondeo por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones para los tres (3) años de ejecución del plan de inversiones durante los años 1, 2 y 3 contractual, de lo que se advierte que el aludido fondeo está relacionado con el número de años que dicho plan tiene previsto para su ejecución, mas no con una correspondencia entre el año de ejecución y el de fondeo, tal y como se explicó en el acápite anterior.

Aunado a ello es de anotar que, el fondeo por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones para el segundo año contractual debía adelantarse a más tardar el 20 de septiembre de 2022, y no, como erróneamente lo sostiene el garante, hasta septiembre de 2023. No obstante, y aún en los cálculos del concesionario, según consta en la certificación recibida por parte de la Fiduciaria Bancolombia del 07 de noviembre de 2023, a la fecha aún no ha sido cumplida la obligación de fondeo de recursos para la cuenta de Interventoría por parte de la sociedad Puerto Solo S.A.

Por lo expuesto, las argumentaciones en torno de la interpretación que de la cláusula 7.1 propone la apoderada del concesionario, no se ajustan a lo pactado en el contrato de concesión y, en consecuencia, serán despachadas desfavorablemente.

### ➤ Sobre la obligación de fondeo como obligación condicional.

La apoderada del concesionario en la presentación de sus descargos manifestó que la obligación de fondear era una obligación condicional, esto es que el fondeo se encontraba sujeto a la condición de que se debía contratar la interventoría, lo cual suponía que la ANI contratara un interventor, y que a la fecha, dicha contratación no había sucedido, por ello mientras no se cumpla la condición de la contratación de una interventoría, la obligación de fondear no es exigible, ya que esta se encuentra condicionada al cumplimiento de la otra.

Al respecto, el Código Civil en su artículo 1530 establece *“Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.”* Sobre este tipo de obligación la Corte Suprema de Justicia ha explicado que:

*“En las obligaciones condicionales, a diferencia de las puras y simples, la misma no se surge al establecerse, pues depende de un hecho futuro, incierto, posible y que puede suceder o no, pero verificado el evento positivo o negativo, estarán sujetas a su literalidad o expresividad.*

(...)



*Sobre los contornos identitarios de esta particular clase de compromisos que los diferencian con las obligaciones puras y simples y, las de plazo, la Corte destacó:*

*“(…) La condición, como bien lo define el artículo 1530 [del Código Civil,] consiste en un acontecimiento futuro, que puede suceder o no (...), mientras que el plazo, aunque también conlleva una idea de futuridad, entraña [un concepto] de ocurrencia cierta, porque, de antemano, se sabe que llegará el día señalado o expiración del plazo convenido (...).”*

*“(…) No sucede lo mismo tratándose de la condición, cuya característica esencial es precisamente la incertidumbre, la posibilidad de suceder o no, albur que no puede adivinarse con antelación (...). (...)”<sup>7</sup> (Subrayas del Despacho)*

De lo anterior, se colige que el elemento propio de las obligaciones condicionales es que estas dependen de un acontecimiento futuro que puede suceder o no, razón por la cual estas obligaciones no surgen al momento de pactarse sino cuando se verifica el cumplimiento de la condición.

En el caso analizado el concesionario señala que la condición para que la obligación aquí imputada como incumplida sea exigible, deviene de la existencia previa de la contratación de una interventoría por parte de la ANI. Para analizar este planteamiento es necesario estudiar algunas de las cláusulas contractuales que establecen las referidas obligaciones, así:

#### *CAPÍTULO IV ASPECTOS ECONÓMICOS DEL CONTRATO*

*(...)*

##### *4.7 – Patrimonio Autónomo*

*(...)*

*(f) Aspectos particulares del Patrimonio Autónomo para el pago de la Interventoría:*

*(...)*

*(v) El Concesionario estará obligado a fondear este Patrimonio Autónomo durante la vigencia del Contrato y como parte de las obligaciones a su cargo, los aportes deberán realizarse de manera anticipada.*

*(...)*

#### *CAPÍTULO V – OBLIGACIONES CONTRACTUALES DEL PROYECTO*

##### *5.1 Principales Obligaciones del Concesionario*

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

*(...)*

*(v) Depositar en el Patrimonio Autónomo que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la Interventoría, en las condiciones previstas en el presente Contrato.*

*(...)*

*(rr) Garantizar los recursos necesarios en el Patrimonio Autónomo para que, a través de la ANI, se contrate una Interventoría técnica, administrativa, social, ambiental, jurídica y financiera en los términos establecidos en este Contrato, cuyo objeto será la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales.*

*(...)*

##### *5.2 Principales Obligaciones de la ANI*

*Serán obligaciones del Concedente las siguientes:*

*(...)*

*(e) Contratar al Interventor conforme lo señalado en la Sección 7.1.*

*(...)*

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC720-2021 (Radicación No. 11001-02-03-000-2021-00042-00) del 4 de febrero de 2021. M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona





## CAPÍTULO VII INTERVENTORÍA Y SUPERVISIÓN

## 7.1 Interventoría

(a) El Concedente contratará mediante los procedimientos aplicables que garanticen transparencia en su selección una Interventoría administrativa, técnica, financiera, ambiental, social, contable, predial y jurídica para realizar el seguimiento del Plan de Inversiones y el trámite de Reversión a cargo del Concesionario. El costo de dicha interventoría será asumido por el Concesionario, con cargo a los costos del proyecto de concesión portuaria, que se encuentra reflejado en el modelo financiero. El Concesionario constituirá un Patrimonio Autónomo de conformidad con las reglas establecidas en la Sección 4.7 de este Contrato, donde depositará los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Interventoría a órdenes del Concedente, y de acuerdo con los valores definidos en el modelo financiero presentado por el Concesionario en su solicitud de concesión.

(b) El Concesionario depositará en el Patrimonio Autónomo que constituya para el efecto por concepto de interventoría de Obras e Inversiones, la suma MIL NOVENTA Y TRES MILLONESSEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS VEINTIDOS PESOS COLOMBIANOS (COP \$1.093.696.822.00) Constantes de diciembre de 2019, por cada año de ejecución del Plan de Inversiones y máximo dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del contrato de Patrimonio Autónomo en concordancia con lo establecido en la Sección 4.7. de este Contrato. En caso de que el Plan de Inversiones tenga una duración superior a la establecida en dicha Sección, el Concesionario deberá seguir fondeando el Patrimonio Autónomo de manera proporcional a la duración adicional de ejecución al Plan de Inversiones.

(...)

(d) El aporte de estos recursos se deberá realizar de la siguiente manera:

Ítem	Año contractual	Monto Anual (expresados en Pesos constantes de diciembre de 2019).	Fecha Máxima de Aporte, y actualización
Interventoría de Obras e Inversiones	1	\$1.093.696.822.00	Dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la firma del contrato de fiducia mercantil por el que constituye el Patrimonio Autónomo, y actualizando el monto con el IPC (certificado por el DANE) del mes inmediatamente anterior al mes de fondeo.
Interventoría de Obras e Inversiones	2	\$1.093.696.822.00	<b>Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del año 2 contractual, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DANE) del Mes inmediatamente anterior al Mes de fondeo.</b>
Interventoría de Obras e Inversiones	3	\$1.093.696.822.00	Dentro de los ocho (8) Días Hábiles del inicio del año 3 contractual, y se actualizará el monto con el IPC (certificado por el DANE) del Mes inmediatamente anterior al Mes de fondeo.

(...)

(ii) Si por cualquier razón, imputable o no al Concedente, el contrato de Interventoría no se hubiere suscrito al vencimiento del plazo de SEIS (6) meses contados a partir de la suscripción del presente Contrato, no será causal de reclamación ni de compensación a favor del Concesionario y, por lo tanto, el Concedente no estará obligado en ninguna circunstancia a efectuar algún reconocimiento por estas causas.

(...)"

De las cláusulas previamente transcritas se advierte que si bien la contratación de una interventoría es una obligación que se encuentra en cabeza de la Agencia, es importante anotar que no existe la alegada obligación condicional ya que en ningún momento se señala que la obligación de realizar los fondeos para la



Interventoría, quedaba sujeta a que la ANI contratase la Interventoría, y ello es tan evidente que el mismo Contrato estipuló que los fondeos debían efectuarse de manera anticipada, lo cual resulta concordante con la obligación del concesionario de efectuar el fondeo por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones para el año 1 contractual dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma del contrato de fiducia mercantil por el que se constituye el Patrimonio Autónomo, mas no dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la firma del contrato de interventoría, aspecto que fue entendido y aceptado así por Puerto Solo S.A., teniendo en cuenta que este fondeo se realizó el 18 de mayo de 2021<sup>8</sup>, pese a que para ese momento no se había contratado la interventoría y ni siquiera había vencido el plazo con el que la ANI contaba para ello. Igual situación ocurre con los siguientes años contractuales.

Pero además debe tenerse presente que las obligaciones son sujetas a plazo o a condición, pero no a las dos, precisamente por cuanto el plazo es cierto, mientras que la condición, por definición, es incierta, y siendo evidente en este caso que la obligación incumplida por el Concesionario está sujeta a plazo, como se lee claramente de las cláusulas trascritas, es igualmente claro que no puede estar sujeta a condición, en tanto algo no puede ser y no ser al mismo tiempo. Por tal razón, argumentar que la obligación de fondeo imputada resulta ser una obligación condicional, no es correcto.

De lo anterior, se evidencia que no existe ninguna situación que se encuentre relacionada con alguna condición para el cumplimiento de la obligación objeto de reproche en esta actuación y, además, dado que el plazo establecido para su cumplimiento ya venció, esta obligación resulta exigible. Así las cosas, el argumento estudiado no prospera.

➤ **Frente a la excepción del contrato no cumplido.**

La apoderada del concesionario indica que dentro de la presente actuación administrativa sancionatoria se configuran los elementos de la excepción de contrato no cumplido, establecida en el artículo 1609 del Código Civil, en la medida en que la ANI no ha cumplido con su obligación contractual de contratar la interventoría, obligación que se establece en el contrato en términos prescriptivos y no como una posibilidad.

Para abordar el análisis del presente argumento, es necesario estudiar jurisprudencialmente la *exceptio non adimpleti contractus*, como figura que exime de responsabilidad en la contratación estatal, entendiéndola en primer lugar, como el incumplimiento legitimador, es decir, un incumplimiento de una de las partes que legitima el incumplimiento del otro contratante, partiendo de que el contrato es conmutativo y sinalagmático.

Siendo así, es pertinente indicar que esta figura en el régimen jurídico colombiano parte del artículo 1609 del Código Civil, en el cual se estudia la mora en los contratos bilaterales y se indica que ninguno de los contratantes está en mora o dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, situación que se aplica en materia de contratación estatal, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 80 de 1993.

Sin embargo, la aplicación de esta figura al contrato estatal no es pura y simple, sino que debe obedecer a unos presupuestos. En sentencia del 31 de enero de 1991, Rad. Interno 4739, la Sección III del Consejo de Estado aceptó la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, pero sujeto a los siguientes supuestos:

*“(i) La existencia de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas.*

*“(ii) El no cumplimiento actual de obligaciones a cargo de cada una de las partes contratantes.*

*“(iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, de entidad y gran significación, de manera tal que genere una razonable imposibilidad de cumplir en el contratista.”*

En este punto, es preciso traer a consideración la sentencia del Consejo de Estado de 29 de abril de 2015, mediante la cual se analiza la excepción de contrato no cumplido y se señalan algunos elementos que deben manifestarse en la relación contractual para que se configure en materia de Contratación Estatal dicha excepción:

<sup>8</sup> Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la suscripción del contrato de fiducia mercantil, el cual fue firmado el 11 de mayo de 2021.



*“De conformidad con el escenario probatorio que viene de analizarse no resulta procedente declarar probada la excepción de contrato no cumplido, por cuanto, si bien se encuentra acreditado que la entidad pública contratante efectivamente incurrió en los incumplimientos que la demandada le imputó, **lo cierto es que las pruebas que obran en el plenario no permiten concluir que dichos incumplimientos fueran la fuente o la causa de los que son atribuibles a la sociedad contratista. (...)***

***En ese sentido cabe recalcar que no existe, per se, una conexión entre las falencias que se atribuyeron a la Administración en relación con la demora en la entrega de planos, la insuficiencia de los mismos y el desconocimiento de las especificaciones necesarias en algunos aspectos para desarrollar las labores de ampliación del aeropuerto, frente a la constante falta de personal en la obra y el deficiente desarrollo de los trabajos por parte de la contratista. En ese mismo orden de ideas dable es concluir que la excepción de contrato no cumplido puede prosperar, por cuanto no puede predicarse en este caso el cumplimiento de las obligaciones por parte de la sociedad Benhur Herrera Valencia y Cía. Ltda., en tanto que, además de evidenciar sus inobservancias contractuales durante todo el tiempo de ejecución de la obra, las cuales, como ya se dijo, no pueden justificarse en razón de los incumplimientos de la demandada, no se observó de su parte una seria intención de cumplir con sus obligaciones. (...)***

***En ese contexto, como quiera que se trata de un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas, para que la parte del contrato interesada, cualquiera que fuera, pudiera valerse de la declaratoria de incumplimiento, bien sea a través de acto administrativo, como en este caso era facultad de la entidad contratante, o a través de la vía judicial, como lo solicitó la sociedad contratista, era indispensable que hubiese cumplido a cabalidad con las obligaciones que estaban a su cargo, o que se hubiese avenido a hacerlo o, lo que es lo mismo decir, que no hubiera provocado por su causa el incumplimiento del contrato, para luego poder procurar para sí el pago de los posibles perjuicios que se le hubieren causado en razón del desconocimiento de las obligaciones de su cocontratante. (...)**<sup>9</sup>  
(Resaltos del Despacho)*

Posteriormente, en sentencia de 9 de Julio de 2019, el Consejo de Estado se refirió a la excepción de contrato no cumplido, de la siguiente manera:

*“Sobre el precepto anterior la doctrina y la jurisprudencia han pretendido edificar la figura de la excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus-, la cual tuvo su génesis en el derecho privado pero que será procedente en materia de contratos estatales única y exclusivamente cuando del incumplimiento de la administración, se genere una razón de imposibilidad de cumplir para la parte que se allane a ejecutar la prestación debida, pues un principio universal de derecho enseña que a lo imposible nadie está obligado. En los demás eventos, como regla general el contratista estará obligado a cumplir las obligaciones, así se presente incumplimiento que no impida la ejecución. Tal postura se basa en la aplicación de cuatro fundamentos, a saber: **que se trate de contratos sinalagmáticos, que el incumplimiento de la administración sea cierto o real, que tenga una gravedad ostensible y considerable que imposibilite el incumplimiento, y que quien la invoca no haya dado lugar al incumplimiento de la otra.**”<sup>10</sup>*

*También varios pronunciamientos de la misma Corporación han precisado su relación con el incumplimiento del contratista, para indicar que el pago tardío o inoportuno del anticipo no condiciona las prestaciones a su cargo, en este caso, la construcción de las obras; y así mismo, señalar que:*

***“... el contratista sólo puede suspender la ejecución del contrato cuando pruebe los supuestos de la excepción de contrato no cumplido, esto es, cuando demuestre que ese incumplimiento de la administración es grave y determinante de la inacción del contratista.”**<sup>11</sup> (Resaltos del Despacho)*

<sup>9</sup> Consejo De Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del veintinueve 29 de abril de 2015, Rad: 25000-23-26-000-1995-01431-01(21081) C.P: Hernán Andrade Rincón

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia del 9 de julio de 2019, Rad: 25000-23-26-000-2005-10969-01 (42171)



Documento firmado digitalmente



En consideración con las jurisprudencias citadas, vale la pena destacar:

1. Que la excepción de contrato no cumplido exime de responsabilidad en el cumplimiento de una obligación a una de las partes del contrato, si la otra también se encuentra en mora del cumplimiento de su obligación correlativa.
2. Que el incumplimiento debe ser de obligaciones correlativas, es decir, que la causa del incumplimiento de una de las partes dependerá del incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, esto es, debe existir conexión entre las obligaciones incumplidas.
3. Que los elementos para que se configure la excepción de contrato no cumplido son: i) la existencia de un contrato sinalagmático, ii) con obligaciones recíprocas o correlativas, iii) falta de cumplimiento de obligaciones a cargo de cada una de las partes, iv) incumplimiento de la administración grave que genera una imposibilidad de cumplimiento al contratista y v) que el incumplimiento de la administración se haya dado primero en el tiempo y como consecuencia de esto se genere el incumplimiento del contratista.

Al verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos el Despacho advierte que, en el caso concreto estos no se cumplen, principalmente los relacionados en los romanitos ii), iv) y v) en tanto que, en la actuación no se demostró que entre las obligaciones de contratación de la interventoría y fondeo de los recursos para la interventoría en el año 2 contractual hubiera correlatividad. Por el contrario, como ya se señaló en anterior acápite, la obligación de fondear los recursos para la Interventoría No está sujeta a la contratación de la Interventoría.

Tampoco se acreditó que el hecho de que la ANI no hubiera suscrito un contrato de interventoría hubiera generado una imposibilidad al concesionario para fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones en el año 2 contractual, por el contrario, se acreditó que aunque en el año 1 contractual no se había suscrito el respectivo contrato de interventoría, el Concesionario sí cumplió con esa misma obligación para ese año, de lo cual se evidencia que el incumplimiento imputado en esta actuación a Puerto Solo no es consecuencia de la no contratación de la interventoría, y mucho menos que su incumplimiento no sea posible porque la ANI no haya contratado la Interventoría.

Por las razones expuestas el argumento analizado no prospera.

- **De lo argumentado por la apoderada del Concesionario en el descorre del traslado ordenado en el Auto No. 20237070002636 del 09 de noviembre de 2023.**

En el escrito remitido por correo electrónico el día 15 de noviembre de 2023, la apoderada del concesionario recorrió el traslado de los documentos incorporados a través del Auto No. 20237070002636 del 09 de noviembre de 2023, manifestando que tales documentos dan cuenta de que Puerto Solo sí realizó el fondeo correspondiente al año 1 de la concesión, fondeo que por las razones que ya se han expuesto en la presente actuación administrativa sancionatoria, para el Concesionario debe imputarse al año 2 contractual y por ende, se impone concluir que Puerto Solo no ha incumplido la obligación de fondear la cuenta de la Interventoría durante el año 2 de la concesión, siendo improcedente la multa que busca imponer la ANI en el marco de este proceso sancionatorio.

Frente a lo aquí argumentado, se advierte que esto ya ha sido objeto de estudio en apartes anteriores, concluyendo el Despacho que no le asiste razón al Concesionario, razón por la cual el Despacho se está a lo allí planteado.

### **5.3. Análisis de los Descargos de la compañía Seguros del Estado S.A.**

Previo a entrar a estudiar los argumentos propuestos por esta aseguradora se debe advertir que, en la medida que algunos de estos ya fueron analizados, el Despacho se estará a lo ya expresado sobre estos y solo se pronunciará frente a aquellos que no han sido objeto de examen.

- **Frente a los elementos esenciales de la responsabilidad contractual subjetiva.**

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 28 de septiembre de 2006. Rad. 73001-23-31-000-1997-05001-01(15307). C.P. Ramiro Saavedra Becerra.



Afirma la apoderada de la aseguradora que el Despacho debe entrar a determinar si han surgido a la vida jurídica los elementos esenciales de la responsabilidad contractual subjetiva, esto es, el contrato válidamente celebrado, la conducta, culpa o dolo, daño y nexos causal.

Para analizar este argumento se debe señalar que en el caso particular no hay lugar a la aplicación de un régimen de responsabilidad subjetiva sino a un régimen de responsabilidad contractual, esto es, el análisis de la responsabilidad del concesionario a partir del tipo de obligación contractual que se reputa incumplida, ya que debe partir del propio Contrato el régimen de responsabilidad aplicable.

Sobre la posibilidad de alterar el régimen de responsabilidad, vía contractual, el maestro Fernando Hinestrosa<sup>12</sup> ha señalado: *“En fin es preciso mencionar la posibilidad de alteración del régimen ordinario, no solo para hacer más intensa la responsabilidad del deudor (arts. 1604 y 1732 c.c.), sino también para morigerarla (art. 1616 c.c.) (...)”*.

En esa línea, cabe aclarar que dicha alteración se produce debido a que es el propio Contrato el que establece la responsabilidad que se debe aplicar a cada obligación contractual. Así, en el presente asunto, el Despacho analizó la responsabilidad del Concesionario a la luz de la obligación reputada como incumplida de conformidad con el pliego de cargos y la situación fáctica expuesta a lo largo del procedimiento, encontrando que la obligación presuntamente incumplida es de resultado, con lo cual el Concesionario es responsable por su incumplimiento salvo que medien circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, y valga anotar que tales circunstancias no fueron alegadas y mucho menos demostradas en la actuación.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia ha indicado:

*“Para determinar la carga de la prueba en el sistema de la responsabilidad civil contractual se adopta la diferenciación de obligaciones de medio y obligaciones de resultado, de lo cual se derivan precisas consecuencias de cara al contrato.*

*Así, el Tribunal de la Justicia Ordinaria expone que “si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que si es de resultado, ella se presume de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil”<sup>13</sup> que establece: “(...) La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega”; en otras palabras, la tesis del discernimiento entre obligaciones de medio y obligaciones de resultado “coloca la carga de la prueba de la responsabilidad, en las obligaciones de medio, en las espaldas del actor, y en las de resultado, en las del demandado”<sup>14</sup>*

Por lo expuesto, es pertinente indicar que en efecto y dado que la obligación de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones en el año 2 contractual que contempla el Contrato es de resultado, le corresponde la carga de la prueba al Concesionario y sus Aseguradoras de acreditar, o bien el cumplimiento de la obligación, o la existencia de circunstancias de caso fortuito o fuerza mayor, que le impidiesen cumplir.

Ahora bien, en tanto nada de ello se probó en el presente caso, puesto que los Apoderados no aportaron al proceso pruebas que evidenciaran el cumplimiento de la obligación contractual y mucho menos pruebas que evidenciaran que dicho incumplimiento se debía a circunstancias que eximieran al Concesionario de su responsabilidad en el cumplimiento de su obligación, este Despacho considera probado el incumplimiento y responsable del mismo al Concesionario, conforme a lo que establece el Contrato. Por las razones expuestas no prospera el argumento analizado.

➤ **De la naturaleza de la multa.**

La apoderada de Seguros del Estado indica frente a la posible imposición de la multa que la doctrina y la jurisprudencia han hecho referencia a la finalidad de la multa, mencionando que no es otra diferente a la de conminar al contratista al cumplimiento de las obligaciones presuntamente incumplidas, por lo cual no se evidencia que en este caso se configure esa finalidad teniendo en cuenta que el contratista no se encuentra en una situación de incumplimiento por las razones expresadas por su apoderada.

<sup>12</sup> HINESTROSA Fernando. *Tratado de las obligaciones. Concepto. Estructura. Vicisitudes. I.* Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2002. p. 91.

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de abril de 1993, M.P. Pedro Lafont Pianetta.

<sup>14</sup> Mosset Iturraspe, Jorge y Piedecabras, Miguel. Ob. Cit. Pág. 225



Sobre lo aquí argumentado se debe advertir que le asiste razón a la garante en lo inicialmente afirmado, esto es en lo referente a la naturaleza conminatoria de las multas pues, en efecto el Consejo de Estado a través de la Subsección C de la Sección Tercera ha sostenido:

***“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.***

***Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”<sup>15</sup> (Resaltos del Despacho)***

Del aparte jurisprudencial previamente transcrito se puede concluir que (i) las multas en contratación estatal son un tipo de sanción, (ii) previstas para apremiar al contratista siempre que la obligación se encuentre en mora, (iii) cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento, (iv) no proceden en el evento de incumplimientos definitivos y, por último, (v) proceden siempre que el contrato se encuentre en ejecución.

Con base en lo expresado y de acuerdo con lo acreditado en el presente procedimiento se concluye que, contrario a lo afirmado por la garante, la imposición de la multa que se pretende sí cumple con su finalidad conminatoria, en tanto que está demostrado que a la fecha el concesionario no ha dado cumplimiento a su obligación de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones en el año 2 contractual, razón por la que es procedente su imposición, al igual que la afectación de la correspondiente póliza en la medida que, esta ampara los perjuicios y/o sanciones imputables al contratista que se deriven de un incumplimiento total o parcial del Contrato. Así las cosas, el argumento estudiado no prospera.

➤ **Límite de responsabilidad por la existencia de coaseguro.**

Como argumento subsidiario, la apoderada manifiesta que en el evento en que el Despacho opte por imponer la sanción consistente en multa, deberá tener en cuenta lo establecido en el artículo 1077 del Código de Comercio y la naturaleza jurídica del seguro de cumplimiento, siendo importante señalar que el seguro de cumplimiento está ubicado dentro de los seguros de daños.

Además, recuerda que el contrato se encuentra amparado por las aseguradoras Nacional de Seguros y Seguros del Estado, por lo que es importante mencionar el artículo 1095 del Código de Comercio, que hace referencia al coaseguro y, por ello solicitó se tenga en cuenta la cláusula de coaseguro celebrada con Nacional de Seguros.

Sobre lo inicialmente planteado, el Despacho debe señalar que dentro de la presente actuación se ha acreditado que el concesionario ha incurrido en el incumplimiento que le ha sido imputado, lo que conlleva a la declaración del respectivo incumplimiento mediante este acto administrativo, así como la imposición de la respectiva multa de conformidad con lo pactado en el Contrato y por ende a la declaración de la ocurrencia del siniestro de incumplimiento, con lo que se evidencia el cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1077 del Código de Comercio<sup>16</sup>.

En punto a la figura del coaseguro se observa que el artículo 1095 del Código de Comercio consagra que *“Las normas que anteceden se aplicarán igualmente al coaseguro, en virtud del cual dos o más*

<sup>15</sup> CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, CP: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00802-01(53206), del 23 de octubre de 2017

<sup>16</sup> *“Artículo 1077. CARGA DE LA PRUEBA. Corresponderá al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro, así como la cuantía de la pérdida, si fuere el caso. El asegurador deberá demostrar los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad. En el caso de los seguros paramétricos o por índice, la ocurrencia del siniestro y su cuantía quedarán demostrados con la realización del índice o los índices, de acuerdo con el modelo utilizado en el diseño del seguro y definido en el respectivo contrato.”*



aseguradores, a petición del asegurado o con su aquiescencia previa, acuerdan distribuirse entre ellos determinado seguro.”

En el caso estudiado se evidencia que, en uso de esta posibilidad legal se expidió la póliza de seguro de cumplimiento No. 21-44-101341212 que estableció un riesgo asumido por dos aseguradoras en la siguiente proporción:

Número de la Póliza	Aseguradora	Coaseguradora	Amparo	Vigencia	Valor
21-44-101341212	Seguros del Estado S.A. (70%)	Nacional de Seguros S.A. (30%)	Cumplimiento	01/12/2020 al 01/12/2025	US\$3,253,347.00

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

#### ➤ **Compensación**

La apoderada de Seguros del Estado solicitó que, conforme a lo previsto en el artículo 1714 del Código Civil se haga uso de la figura de la compensación de las obligaciones a cargo del contratista, en caso de que se imponga una sanción. Revisada la norma, esta establece que *“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”*.

Además, en los términos del artículo 1715 del Código Civil<sup>17</sup> la compensación opera por el solo ministerio de la ley, esto es, no requiere solicitud formal de la Aseguradora para que tal circunstancia ocurra, ya que aun sin conocimiento de los deudores, ambas deudas se extinguirían recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, siempre y cuando una y otra reúnan las siguientes calidades:

1. Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.
2. Que ambas deudas sean líquidas; y
3. Que ambas sean actualmente exigibles.

Así las cosas, es claro para el Despacho que, no se cumplen en este caso los requisitos para que esta figura opere, ya que para ello ambas obligaciones deben ser actualmente exigibles, y en este caso, la consecuencia del incumplimiento de la obligación referida en la presente actuación sólo será exigible eventualmente cuando el acto administrativo que la imponga se encuentre en firme, y como eso no ha ocurrido, no existe a la fecha suma para compensar entre las partes.

Es por ello por lo que no resulta aplicable la compensación.

#### **5.4. Análisis de los Descargos de la compañía Nacional de Seguros S.A.**

Atendiendo a que el apoderado de la garante coadyuvó los argumentos planteados por el concesionario y la compañía Seguros del Estado, el Despacho considera que no se deben hacer manifestaciones adicionales, se estará a lo ya expresado sobre estos y solo se pronunciará frente a aquellos no han sido objeto de examen.

En primer lugar, en punto a que, de imponerse la correspondiente multa habría una descompensación en las cargas económicas del contrato, en virtud de las cargas y deberes económicos de las dos partes, teniendo en cuenta que la ANI estaría recibiendo unos dineros derivados de la imposición de una multa que no tendría soporte legal, este Despacho debe indicar que no le asiste razón al apoderado en su afirmación toda vez que,

<sup>17</sup> *“Artículo 1715. La compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:*

- 1.<sup>a</sup> *Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad.*
- 2.<sup>a</sup> *Que ambas deudas sean líquidas; y*
- 3.<sup>a</sup> *Que ambas sean actualmente exigibles.*

*Las esperas concedidas al deudor impiden la compensación; pero esta disposición no se aplica al plazo de gracia concedido por un acreedor a su deudor.”*



como ha quedado acreditado en este acto administrativo, el concesionario incurrió en el incumplimiento a su obligación de fondear por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones en el año 2 contractual, obligación que resulta exigible, por lo que la imposición de la multa encuentra su fundamento en lo pactado en el mismo contrato, al igual que en lo preceptuado en la Ley.

En segundo lugar, en lo que concierne a que se tengan en cuenta los valores de la afectación de la póliza, en caso de que en este y en el otro proceso que se adelanta contra Puerto Solo se lleguen a imponer las respectivas multas, se debe anotar que, en efecto la afectación de la póliza se ordenará hasta el monto de la suma asegurada, sin embargo, se debe poner de presente que al verificar los procesos que se adelantan contra Puerto Solo S.A. a la fecha no se encuentra en firme ninguna decisión que haya ordenado la afectación de la póliza No. 21-44-101341212 y obviamente, mucho menos se ha demostrado que las aseguradoras hayan efectuado pago alguno con cargo a esa póliza, razón por la cual no es posible llevar a cabo consideración alguna a este respecto de cara a la suma asegurada.

Por lo hasta aquí expuesto lo argumentado por el garante no prospera.

## 6. DE LAS CONSECUENCIAS DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO

### 6.1. Declaratoria de Incumplimiento

Analizados cada uno de los argumentos expuestos en los descargos por los Apoderados del Concesionario y las Aseguradoras, resulta claro que la Sociedad Portuaria Energética Puerto Solo S.A. es responsable por el incumplimiento de la obligación contenida en el Capítulo IV, numeral 4.7 "Patrimonio Autónomo", literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1 "Principales Obligaciones del Concesionario" literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1 "Interventoría" literales (b) y (d)., relacionadas con la obligación de fondeo de los recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, por lo cual se procede a aplicar las consecuencias señaladas en el Capítulo 5. "CUANTIFICACIÓN DE LA POSIBLE MULTA A IMPONER" del oficio de citación a la audiencia, el cual fue radicado con el No. 20237070248131 del 14 de julio de 2023.

### 6.2. De la Imposición de la Multa y la Tasación de su valor.

Para incumplimientos como el demostrado en el presente trámite sancionatorio, el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021 prevé en los numerales (i) y (ii), literal (d) del numeral 9.1 y (vii), literal (a) del numeral 9.6, lo siguiente:

*"9.1 Multas y Sanciones  
(...)*

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

*(i) La gradualidad de las Multas y Sanciones atenderá a los siguientes criterios:*

- (1) El grado de afectación en la ejecución del plan de inversiones y/o la prestación del servicio en el Terminal Portuario del Contrato.*
- (2) La reincidencia en el incumplimiento contractual.*

*(ii) Conforme a dichos criterios, los incumplimientos se clasifican en:*

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

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





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

(...)

#### 9.6 Multas

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

(...)

*(vii) Por no cumplir con las obligaciones estipuladas en este contrato: si el Concesionario incumple alguna de las obligaciones contenidas en el contrato, que no se encuentra incluida en las demás multas a que hace referencia la presente sección, se causará una multa diaria de siete (7) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) por cada Día transcurrido, a partir de la fecha prevista para el cumplimiento de la obligación correspondiente.”*

Para efectos de la cuantificación de la multa a imponer, se ha tomado en consideración el memorando con radicado ANI 20233080185853 del 11 de diciembre de 2023, por parte de la Gerente del Grupo Interno de Trabajo Financiero, del Equipo de Coordinación y Seguimiento del Proyecto, en donde actualiza el valor de la multa a imponer:

(...)

*“Así las cosas, la tasación de la multa proyectado a (11 de diciembre de 2023), tiene el siguiente procedimiento: 1) se tendrá en cuenta el valor del SMMLV del año 2022, que corresponde a un millón de pesos M/C (\$ 1.000.000), 2) los días de incumplimiento por el no fondeo de recursos del AÑO 2 contractual empiezan el (20/09/2022), 3) se aplicaría el Once por ciento (11%) gradualidad “LEVE”, la tasación de las multas quedaría de la siguiente forma:*

<b>DESDE</b>	20/09/2022
<b>HASTA</b>	11/12/2023
<b>DETALLE</b>	<b>VALOR</b>
SMMLV 2022 (1)	\$ 1.000.000
Multa (7 SMMLV) (2)	7
Multa Diaria (1) *(2) = (3)	\$ 7.000.000
Días de incumplimiento (4)	448
Valor Multa por FONDEO (5) = (3) *(4)	\$ 3.136.000.000
% Gradualidad (LEVE) (6)	11%
<b>Valor Multa por fondeo con gradualidad (7) = (5) * (6)</b>	<b>\$ 344.960.000</b>

Fuente: Construcción GIT Financiero 1 VGCON

Así las cosas, el valor de la multa por el incumplimiento de no fondeo del AÑO 2 contractual, corresponde a la cuantía de **TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$344.960.000)**.

#### 6.2. Sobre la póliza de cumplimiento y su afectación

Con ocasión de la declaración de incumplimiento, es procedente afectar la póliza de cumplimiento No. 21-44-101341212, expedida por Seguros del Estado S.A. con participación en un setenta por ciento (70%), en



Documento firmado digitalmente



coaseguro con Nacional de Seguros con participación en un treinta por ciento (30%), la cual ampara el cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, por el incumplimiento relacionado con el fondeo de recursos para el año 2 contractual, por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones, que da lugar a la imposición de la multa por la suma de **TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$344.960.000)**.

Por lo anterior, corresponderá la afectación de la póliza de cumplimiento en las condiciones en ella establecidas, en el evento en que el Concesionario no realice el pago de la multa y únicamente hasta por el monto asegurado.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO** de la **Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. – PUERTO SOLO S.A.** de las obligaciones establecidas en el Capítulo IV, numeral 4.7 “Patrimonio Autónomo”, literal (f), romanito (v), Capítulo V, numeral 5.1 “Principales Obligaciones del Concesionario” literales (v), (rr), (hhh), Capítulo VII, numeral 7.1 “Interventoría” literales (b) y (d), del Contrato de Concesión Portuaria No.001 de 2021, por el no fondeo de los recursos para la Interventoría, año 2 Contractual, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente acto administrativo.

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA** prevista en el literal (a), romanito vii) del numeral 9.6 del Contrato de Concesión Portuaria No.001 de 2021, la cual corresponde a **TRESCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MILLONES NOVECIENTOS SESENTA MIL PESOS (\$344.960.000)**, de conformidad con lo indicado en la parte motiva, suma que deberá pagarse dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión.

Dicho valor 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](mailto:contactenos@ani.gov.co) y [buzonjudicial@ani.gov.co](mailto:buzonjudicial@ani.gov.co), indicando número de la Resolución, concepto de la consignación, Nit, razón social y correo electrónico de quien consigna.

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

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

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

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

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

**ARTÍCULO OCTAVO:** Enviar copia de la presente resolución, una vez esté en firme, a la Vicepresidencia de Gestión Contractual y al Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI para el cobro y trámites a que haya lugar.

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

**COMUNÍQUESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 11-12-2023

**EDUARDO DURÁN MONTOYA**

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

Proyectó: Tatiana Puerto /Abogada GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales  
Revisó: Viviana Andrea Velásquez Rodríguez/ Abogada GIT Procedimientos Sancionatorios Contractuales



Documento firmado digitalmente

