

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **20247070005975**

20247070005975

Fecha: **30-05-2024**

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos en contra de la Resolución No. 20237070017105 del 11 de diciembre de 2023, dentro del Procedimiento Administrativo Sancionatorio Contractual iniciado contra la Sociedad Portuaria Energética Multipropósito y Contenedores Puerto Solo Buenaventura S.A. “PUERTO SOLO S.A.”. Expediente 20237070320700030E”

LA COORDINADORA DEL GIT PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS CONTRACTUALES (E) DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante el artículo sexto de la Resolución ANI No. 20221000007275 de 3 de junio de 2022, las funciones establecidas en las Resoluciones Nos. 1069 de 15 de julio de 2019 y 295 del 25 de febrero de 2020, y el encargo realizado mediante la Resolución No. 20244030002085 del 29 de febrero de 2024 de la Agencia Nacional de Infraestructura, 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 resolver los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 20237070017105 del 11 de diciembre de 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.”*

CONSIDERANDO

1. INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

Dentro del presente trámite sancionatorio son parte:

En calidad de Investigado

1.1. EL CONCESIONARIO:





Documento firmado digitalmente



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 garante 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%.

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. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO

A través de 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 anexos¹.

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 2023², mediante el cual el Despacho, resolvió:

"PRIMERO. INCORPORAR al expediente y darle el valor probatorio que la ley le otorgue a las siguientes pruebas documentales allegadas por 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

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

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



Documento firmado digitalmente



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 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.

Con Auto No. 20237070002636 del 09 de noviembre de 2023³, 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.

³ 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



Documento firmado digitalmente



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. (...)".

Con Auto No. 20237070002896 del 06 de diciembre de 2023⁴, 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.

El gerente para la fecha del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la Vicepresidencia Jurídica de la Agencia Nacional de Infraestructura profirió la Resolución No. 20237070017105 del 11 de diciembre de 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.", mediante la cual se resolvió:

"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 y 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

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



Documento firmado digitalmente



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 ejecutoriado el presente acto administrativo.

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

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

ARTÍCULO OCTAVO: Enviar copia 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”.

La Resolución No. 20237070017105 del 11 de diciembre de 2023 fue notificada en la audiencia realizada en la misma fecha, frente a la cual la apoderada del concesionario y los apoderados de los garantes interpusieron recurso de reposición en contra del acto administrativo citado. Acto seguido se fijó como fecha para su sustentación el día 09 de enero de 2024.

El 09 de enero de 2024, mediante conexión virtual a través del aplicativo Microsoft Teams, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en la cual los apoderados del contratista y los garantes, realizaron la sustentación del recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución No. 20237070017105 del 11 de diciembre de 2023, tal como consta en la grabación de audio y video de la audiencia, de conformidad con los argumentos que se expondrán en el siguiente numeral.

2.2. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

2.2.2. De los argumentos planteados por la apoderada del Concesionario en el recurso de reposición:

- **De la ejecución del plan de inversiones**

La apoderada del concesionario inicia mencionando que la ANI admite que los recursos de fondeo deben ser depositados por el concesionario por cada año de ejecución del plan de inversiones, y así mismo menciona que esos recursos tienen una destinación específica, la cual es pagar los honorarios de la interventoría.

No obstante, menciona que a pesar de esos reconocimientos, la resolución impugnada señala que el hecho de que el contrato vincule el fondeo de la cuenta de la interventoría a la “ejecución del plan de inversiones”, no implica que “esos fondeos solo resultan exigibles siempre y cuando el plan de inversiones se encuentre en ejecución”, es decir, que a pesar de que el contrato menciona que



hay un fondeo por lo años de ejecución del plan de inversiones, no quiere decir que el pago de fondeo deba hacerse solo cuando está en ejecución el plan de inversiones, planteamiento contenido en la resolución, y así mismo evidencia que en el acto administrativo se indica que *“en la actuación no se demostró que en las entre las obligaciones de contratación de la interventoría y fondeo de los recursos para la interventoría en el año 2 hubiera correlatividad”*.

Así las cosas manifiesta que la obligación de fondeo debe cumplirse *“por cada año de ejecución del plan de inversiones”*, y que la cláusula no dice que la obligación de fondeo deba cumplirse por cada año de existencia del plan de inversiones, si no que usa la expresión ejecución, la resolución impugnada señala que en el otrosí No. 01 del contrato no se consideró necesaria la modificación de las cláusulas aquí imputadas como presuntamente incumplidas, a lo que resalta que en este procedimiento no existe prueba de que las partes hubieran asumido que la obligación de fondeo tendría que cumplirse también en los años en que no hubo ejecución del plan de inversiones, por lo que indica que se puede asumir que estas obligaciones de fondeo iban a seguir la suerte de lo que se acordara en relación con la ejecución del plan de inversiones, por lo que indica que la consideración de la ANI en lo que tiene que ver con *“consideró necesaria la modificación”* es un suposición que no está fundada en un documento contractual, ni antecedentes de la suscripción del otrosí, ni tampoco hay evidencia que las partes de común intención consideraron que determinadas modificaciones eran innecesarias, por lo que, a falta de evidencia que tuvieron las partes sobre las consideraciones de la modificación de la cláusula de fondeo no ve alguna razón para sujetarse a lo establecido en el contrato *“por cada año de ejecución del plan de inversiones”*, por lo que no hay razón para que la ANI se niegue a imputar el pago del año 1, al año 2.

- **Frente a la modificación realizada a través del otrosí No. 01.**

De igual forma, manifiesta que el contrato tiene unos plazos, sin embargo, al cambiarse los años de ejecución del plan de inversiones en el otrosí no. 01, no existe razón para acogerse a unos plazos que no atienden al espíritu de la sección 7.1 que consiste en fondear la subcuenta por cada año de ejecución del plan de inversiones.

El artículo 1622 de código civil señala que *“las cláusulas de un contrato se interpretaran unas por otras”*, por lo que considera que la interpretación que se ha expuesto en la resolución impugnada además de que desconoce la expresión *“por cada año de ejecución contractual”*, no se ajusta con la modificación del otrosí 01, es decir, no se están interpretando las cláusulas unas por otros, si no que se está haciendo una interpretación literal y descontextualizada de lo que dicen las cláusulas del fondeo sin considerar que los años de ejecución fueron modificados por el otrosí 01 al contrato de concesión.

- **Correlatividad de las obligaciones.**

La apoderada afirma que el fondeo de los valores necesarios, para el pago de los honorarios de la interventoría, si son correlativos a la contratación de la interventoría, el romanito v de la sección 5.1. del contrato de concesión, señala que la obligación de fondeo consiste en depositar en el patrimonio autónomo que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría, a lo que indica que la resolución admite que la ANI no ha cumplido su obligación de contratar la interventoría, aún así señala que no demostró la correlación entre ambas obligaciones, esto es, la obligación de fondear los recursos para la interventoría no está sujeta a la contratación de la interventoría, por lo que menciona que se está llevando al ámbito de las obligaciones condicionales, para el caso en concreto, si se considera que la contratación de la interventoría no es la condición suspensiva de la obligación de fondeo, eso no descarta la necesaria correlación entre ambas obligaciones, la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, no está reservada para las obligaciones condicionales, se aplica en general a los contrato bilaterales y sinalagmáticos, bajo el entendido que las obligaciones son interdependientes, por lo que es innegable que la obligación de depositar los valores necesarios para la interventoría tiene una relación de interdependencia con la contratación de la interventoría, puesto que si no hay interventoría, no hay valores necesarios para el pago de los honorarios.



- **Sobre la tasación de la multa:**

Así las cosas menciona que para Puerto Solo es clara la interdependencia y procede la obligación de contrato no cumplido, sin embargo, si no fuera procedente la excepción de contrato no cumplido, la imposición de la multa por no pagar los valores de una interventoría inexistente, se opone a lo establecido en el artículo 28 de la ley 80 de 1993, que señala que la interpretación de las estipulaciones de los contratos estatales se debe tener en cuenta *“los mandatos de la buena fe y la igualdad, y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos”*, no resulta de recibo que la ANI sancione a Puerto Solo cuando ella misma no ha cumplido con la obligación de contratar la interventoría, obligación interdependiente con el fondeo de los valores necesarios para el pago de la interventoría.

Por lo que, el régimen de multas debe ser interpretado y aplicado con razonabilidad, considerando el carácter conmutativo de los contratos, no puede ser aplicado de manera mecánica, como si el propósito de la multa fuera sancionar por sancionar.

Finalmente, solicita se revoque la resolución, que no se imponga multa alguna, sin embargo, si ha de imponerse alguna multa, solicita que se disminuya el porcentaje con el cual está siendo tasada la multa, teniendo en cuenta que el supuesto incumplimiento no afecta de ninguna manera el plan de inversiones y ni siquiera existe interventoría a quién se le deban pagar honorarios.

2.2.3. De los argumentos planteados por los apoderados de los garantes en el recurso de reposición:

2.2.3.1 Sustentación del recurso por parte de Seguros del Estado S.A.

- **El pago realizado por el concesionario en el año 1.**

La apoderada de garante Seguros del Estado, menciona que hay que establecer y analizar de manera adecuada cuales son las obligaciones que se derivan de este contrato de concesión, siendo evidente que el fondeo de los recursos de la interventoría era exigible no por la existencia del plan de inversiones si no era exigible por cada año de ejecución del plan de inversión, que como es de conocimiento del despacho, el contrato tuvo una suspensión en consideración a que no se había contratado la interventoría una vez se inició el acta de inicio, y en ese orden de ideas es pertinente resaltar que si bien Puerto Solo realizó un depósito en el patrimonio autónomo por la suma \$1.093.696.822, este primer deposito estaba destinado al pago de la interventoría atado al plan de inversiones en el primer año de la concesión, entendiéndose que como el primer año no hubo ejecución por no existir interventoría, por supuesto este aporte se deberá entender como un aporte anticipado del fondeo de los recursos de la interventoría y debe imputarse al segundo año de la concesión, siendo evidente que en los términos de la misma obligación estipulada en el contrato de concesión no existe ningún incumplimiento por parte de la sociedad Puerto Solo, si no, que por el contrario se efectuó un pago de manera anticipada.

- **Correlatividad de las obligaciones**

Por otro lado, coadyuva lo expuesta por la doctora Daniela Corchuelo en lo relacionado, con diferenciar las obligaciones que están sujetas a una condición y la correlación de las obligaciones, en donde surge que no era dable a la administración exigir un cobro o un depósito para fondar los recursos de los honorarios de la interventoría frente a un contrato de concesión del cual aún no existe el contrato de interventoría contratada, por lo que no ha surgido la obligación de fondeo de los recursos de la interventoría para el primer año del contrato de concesión, situación que está atada a la excepción del contrato no cumplido, por lo que se presentó primero en el tiempo un incumplimiento por parte de la ANI, frente a la contratación de la interventoría para que de manera concomitante el contratista pudiera en efecto hacer un pago por cada uno de los años de ejecución del contrato, sin que existiera esa primera suspensión.



Documento firmado digitalmente



- **Indebida interpretación de las obligaciones**

Manifiesta que la decisión tomada por el Despacho, no se está atando a la realidad del contrato, por lo que la administración, en este caso la ANI, se analizó de manera incompleta o inadecuada la documentación y la sustentación de los hechos y los descargos que ha presentado el contratista como las aseguradoras, que hacen parte del expediente contractual, fundamentando la decisión con una interpretación errónea, y en ese orden de ideas al alejarse de las consideraciones realizadas, de los hechos que dan origen a la actuación, el Despacho debe revocar la presente actuación administrativa sancionatoria, en consideración que lo que se presenta es una eventual falsa motivación por error de hecho o de derecho, por indebida interpretación de las obligaciones contractuales derivadas del contrato de concesión, por lo que ha nacido a la vida jurídica el acto administrativo impugnado, viciado de una nulidad derivada de la motivación falaz.

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

Recuerda la apoderada del garante, sobre el límite de responsabilidad que establece la normatividad relacionada con el contrato de seguros, teniendo en cuenta el artículo 1079, para el caso en concreto Seguros del Estado, tiene una responsabilidad que comprende hasta el 70% del perjuicio realmente padecido, de conformidad con el artículo 1077 del Código de Comercio.

- **Tasación de perjuicios**

Frente a los eventuales perjuicios sufridos por su despacho, es importante poner a consideración del despacho que entre a analizar si en efecto, el presunto no pago o fondeo de los recursos a través del patrimonio autónomo, generó un real perjuicio, teniendo en cuenta que no existía una interventoría contratada, si generó un perjuicio para el plan de inversiones fijado para la ejecución del contrato, y en ese orden de ideas se establezca cual es el monto del perjuicio por este no pago oportuno del fondeo de los recursos de interventoría, pese a los argumentos ya expuestos por el contratista y en este orden de ideas considera seguros del Estado, que debe el despacho revocar la sanción consistente en multa por evidenciar que no se ha generado un perjuicio, al estar suspendido el contrato y al no haberse ejecutado en el primer año el contrato, sin embargo si el Despacho opta por mantener la posición de señalar que si existe un perjuicio generado a la Agencia Nacional de Infraestructura, es menester que el despacho entre a analizar los diferentes criterios de proporcionalidad, razonabilidad, y gravedad de la misma multa, para establecer si en efecto, la cuantificación que hace debe corresponder a la que señaló en la resolución impugnada, o si la cuantificación debe variar, debe disminuir, según estos criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

- **Compensación**

Finalmente solicita se de aplicación a la figura de la compensación de las obligaciones en el evento en que el despacho adeude sumas a la sociedad Puerto Solo por concepto de este contrato y que las mismas se puedan compensar o cruzar con la sanción que se pretende imponer en este proceso sancionatorio consistente en multa.

2.2.3.2 Sustentación del recurso por parte de Nacional de Seguros S.A.

- **Inexistencia de una interventoría contratada por la ANI – Correlatividad de las obligaciones**

El apoderado inicia sus argumentos reiterando sobre la inexistencia de la contratación de la interventoría por parte de la ANI, donde hay una exigencia de unos aportes económicos destinados contractualmente a la interventoría y que a la fecha aún no está contratada, razón por la cual no debería existir ninguna imputación de incumplimiento por dicha situación para la sociedad contratista.



- **No existe ningún perjuicio para la entidad contratante por el presunto incumplimiento**

Si bien es cierto, se está hablando de multa, considera que debe haber un análisis más allá de dicha situación porque se está imponiendo una obligación de carácter económico cuando ello no es procedente precisamente por la inexistencia de un contrato de interventoría previamente suscrito, y a su turno la inexistencia de alguna incomodidad para la entidad contratante, a lo que la ANI en este momento no está incumpliendo alguna obligación dineraria de pago ante la inexistencia de un contrato de interventoría, por lo que si no existe obligación alguna de la ANI, para quien pudiera ser su interventor, mal se hace imponer a título de multa una sanción de orden económico por el no pago de unos valores contractualmente pactados para algo que no existe al día de hoy.

- **Sobre la tasación de la multa**

En el evento en que definitivamente la ANI considere que no ha incumplido una obligación por su parte, y que existe una obligación pendiente por cumplir, por parte del concesionario consistente en pagar unos valores destinados a una interventoría que no existe, considera que la tasación de la sanción, si bien se aplicó de una forma proporcional explicada en el acto administrativo, dentro de la categoría de la sanciones con clasificación de leve y se aplica un porcentaje del 11%, considera que en caso de sostenerse el presunto incumplimiento aquí reprochado debería tener un porcentaje sustancialmente menor, teniendo en cuenta que la ANI no está incumpliendo con nadie, en este caso, una firma interventora, ninguna obligación de pago, y tampoco está recibiendo ningún perjuicio, incomodidad, molestia, en su actuar contractual pues no existe un contrato de interventoría, por lo que considera que en caso de mantener la sanción impuesta, la multa debería ser sustancialmente inferior al valor aplicado en el acto administrativo, teniendo en cuenta la presente motivación.

(3) DE LAS PRUEBAS EN EL TRÁMITE DE LOS RECURSOS

Al sustentar los recursos, los Apoderados del Concesionario y de los Garantes no aportaron ni solicitaron pruebas. De igual forma, el Despacho no decretó de oficio prueba alguna.

No existiendo irregularidades que sanear en la actuación, pasa el Despacho a resolver los recursos interpuestos, para lo cual se analizarán cada uno de los argumentos de los recursos.

(4) ANÁLISIS DEL DESPACHO SOBRE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS EN LOS RECURSOS INTERPUESTOS.

(5) Argumentos del Concesionario, coadyuvados por los Garantes.

- **De la ejecución del plan de inversiones**

Sobre este punto es de anotar, que la apoderada del concesionario, siempre ha mantenido su argumentación relacionada sobre la ejecución del plan de inversiones, confirmando que Puerto Solo sí realizó el fondeo correspondiente al año 1 de la concesión; fondeo que, por las razones que ha expresado, deben imputarse al año 2, por lo que, cualquier acuerdo de las partes en el sentido de desplazar el Plan de Inversiones, implica necesariamente el desplazamiento de la obligación de fondeo al Patrimonio Autónomo por concepto de Interventoría de Obras e Inversiones.

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:



“(...) 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.

(6) 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:

	1	2	3
Interventoría - Construcción USD/ año	333.303	333.303	333.303

(7) 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).”

En consecuencia, se indica que el Concesionario debía realizar la actualización del valor según las cláusulas contractuales y transferir el monto establecido en el Contrato de Concesión según la fecha máxima para realizar la transferencia a la Entidad Financiera, teniendo presente como ya se conoce, el año contractual 2 inició el 9 de septiembre de 2022, correspondiendo al concesionario cumplir en el mencionado plazo.

Así mismo, este Despacho reitera lo afirmado en la resolución 20237070017105 del 11 de diciembre de 2023, en el sentido en que no puede desconocerse 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.”

Así las cosas, para este Despacho no existe ningún mérito de prosperidad en la construcción argumentativa sobre la ejecución del plan de inversiones expuesta por la apoderada del concesionario.

- **Frente a la modificación realizada a través del otrosí No. 01.**

Frente a la suscripción del otrosí No. 01 del 05 de agosto de 2021, es un argumento que ya ha sido desarrollado en reiteradas ocasiones por este Despacho, dejando de presente que el mismo 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, teniendo en cuenta que en el modelo financiero que soportó la suscripción del Otrosí, se evidencia que los valores de aportes a la interventoría no se modificaron para los años 1 a 3 del contrato de concesión.

Por lo que se confirma lo expuesto en la resolución recurrida “(...) 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 (...).”

Adicionalmente, 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, la Agencia no ha recibido soportes de pago del fondeo del año contractual No. 2, obligación vencida el 20 de septiembre de 2022.

Así las cosas, la argumentación vertida por la apoderada del Concesionario no cuenta con vocación a prosperar, debiéndose despachar desfavorablemente.

- **Correlatividad de las obligaciones.**

Observa el Despacho que la argumentación vertida por la recurrente gira en torno a que efectivamente se está en presencia de una correlatividad entre las obligaciones del Concesionario de realizar el pago de fondeo a la subcuenta de la interventoría y la de contratar la Interventoría por parte de la ANI, pues a su juicio, es clara la relación intrínseca y directa entre ambas.

Asimismo, analizados los argumentos del garante, advierte el Despacho que este se pronunció en una línea idéntica sobre la excepción, por lo que, dada la unidad de materia, la tesis sostenida será evacuada en el presente numeral.

De entrada, para el Despacho la argumentación en torno a la correlatividad de las obligaciones no está llamada a prosperar, toda vez que la misma pretende establecer una relación de dependencia entre las obligaciones solo con la mera manifestación, sin observar lo dispuesto contractualmente y los requisitos jurisprudenciales exigidos para la estructuración de la eximente de responsabilidad consagrada en el artículo 1609 del Código Civil.

En ese orden, resulta del caso recordar tal como se apuntó en la decisión discutida, que la “*exceptio non adimpleti contractus*” presenta las siguientes características:

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, quiere decir lo anterior, que la causa del incumplimiento de una de las partes dependerá del incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, es decir, debe existir esa conexión entre las obligaciones incumplidas.
3. Que los elementos para que se configure la excepción de contrato no cumplido son: la existencia de un contrato sinalagmático, con obligaciones recíprocas o correlativas, falta de cumplimiento de obligaciones a cargo de cada una de las partes, incumplimiento de la administración grave que genera una imposibilidad de cumplimiento del contratista y que el incumplimiento de la administración se haya dado primero en el tiempo y como consecuencia de esto se genere el incumplimiento del contratista.



De lo anterior, se trae a colación y se reitera lo expresado en sentencia del 9 de Julio de 2019, en donde 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.**”¹⁰*

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.”¹¹ (Resaltos del Despacho)

Así las cosas, el desarrollo y cumplimiento de fondear la subcuenta de interventoría no tiene como obligación correlacionada la celebración del contrato de interventoría, ya que el Concesionario podía dar cumplimiento a su obligación de fondeo, sin que la no contratación de la interventoría afectara su cumplimiento en sentido alguno, máxime considerando que en el capítulo VII, numeral 7.1, literal d, (ii) del contrato de concesión portuaria, indica expresamente que a falta de interventoría no se causaría ninguna reparación o compensación al Concesionario, y así mismo en ninguna parte señala que el cumplimiento de la obligación de fondeo de la subcuenta de interventoría esté supeditado a que se contrate la Interventoría.

Toda vez, que la falta de celebración del contrato de interventoría no es la fuente o causa directa del incumplimiento de fondeo en la subcuenta de interventoría por parte de PUERTO SOLO, es decir, el retraso en el pago de fondeo de la subcuenta de interventoría por parte del Concesionario no depende ni se relaciona directamente con el contrato de interventoría que no se ha suscrito.

Siguiendo esa línea, no debe perderse de vista que para la estructuración del eximente de responsabilidad, el incumplimiento de la Administración debe haberse dado primero en el tiempo y, como consecuencia de ello, que se genere el incumplimiento del contratista, lo cual precisamente no se advierte en el particular, pues como se anotó, el presunto incumplimiento del Concesionario no solo fue primero en el tiempo, sino que no dependía de la obligación a cargo de la ANI, pues la Interventoría podía ser contratada con posterioridad, tal como lo previeron las partes.

Ahora bien, cabe recordar que según lo expuesto en líneas anteriores, no cualquier incumplimiento configura la excepción de contrato no cumplido, pues el incumplimiento de la Administración debe ser grave, de tal magnitud que genere una imposibilidad de cumplimiento del contratista, lo cual echa por tierra, de inmediato, la cuantificación del grado de incumplimiento que el recurrente pretende establecer en cabeza de la Agencia, toda vez que, independiente de la cantidad de obligaciones a cargo, este debe calificarse como grave, supuesto que en el caso concreto no se cumple, pues como quedó explicado líneas atrás, el retraso en el fondeo de la subcuenta de



interventoría por parte del Concesionario, no depende ni se relaciona directamente con la suscripción del contrato de Interventoría.

En ese orden, es claro que aun cuando pudiera predicarse la existencia de una coligación funcional entre el contrato de concesión y el contrato de interventoría, no es menos cierto que dicha relación de dependencia es unilateral del segundo respecto del primero, por tanto, es claro que, tal como se anotó líneas atrás, el presunto incumplimiento del Concesionario no dependía de la obligación a cargo de la ANI, teniendo en cuenta que la Interventoría podía ser contratada con posterioridad.

De conformidad con lo anterior, los argumentos expuestos deben ser despachados desfavorablemente.

- **Sobre la tasación de la multa:**

Ahora bien, en lo que concierne a la interpretación propuesta por la apoderada del concesionario, en relación con la interpretación y aplicación del régimen de multas, el capítulo II, numeral 2.45 y capítulo IX, numeral 9.1, 9.6 (vii) del contrato de concesión suscrito, establecen:

2.45 “Multas”

Son las sanciones pecuniarias por incumplimiento del Contrato de Concesión, cuya finalidad es la de conminar al Concesionario al cumplimiento de las obligaciones en él establecidas, y que podrán ser impuestas al Concesionario por la ANI, de conformidad con este Contrato y la Ley Aplicable.

CAPÍTULO IX SANCIONES Y ESQUEMAS DE APREMIO

9.1 Multas y Sanciones

- (a) Si durante la ejecución del Contrato se generan incumplimientos del Concesionario, se causarán las Multas o Sanciones que se detallan en la Sección 9.6 cuya imposición se realizará de acuerdo con el procedimiento previsto en la Sección 9.4 siguiente. En aplicación del principio “*non bis in idem*”, en ningún caso se podrá imponer una Sanción al Concesionario por unos mismos hechos sobre los cuales ya se hubiese impuesto una Multa.

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.



De lo anterior, se observa que las cláusulas otorgaron facultades a la ANI, para imponer al Concesionario las multas y sanciones a que haya lugar, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la ley.

Como resulta obvio, las cláusulas regulan las multas y sanciones del Contrato, sin embargo, es necesario precisar el alcance de la expresión “*multas y sanciones*”, por ello, de obligatorio análisis se tornan el literal d de la cláusula 9.1, acordados por las partes para fijar el ámbito y las reglas de aplicación de la misma cláusula, así:

“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.

(8) (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.

“...”).

De conformidad con los párrafos transcritos, salta a simple vista que los mismos alinderan y regulan de forma inequívoca que las sanciones contenidas en los numerales se refieren únicamente a las multas como sanción contractual⁵, pues en los mismos se establece el valor máximo acumulado de aquellas, así como el procedimiento a seguir para su imposición.

En consonancia con lo anterior, conviene repasar algunos apartes jurisprudenciales en torno a las características de la multa contractual a título de sanción, así:

⁵ Respecto de la categorización de la multa como sanción contractual, el Consejo de Estado a través de la Sala de Consulta y Servicio Civil mediante radicado 2157 del 10 de octubre de 2013 señaló que “*En el ejercicio genérico de ese poder sancionatorio en materia contractual se han identificado varios tipos de sanciones a saber: (...) (iii) coercitivas o compulsorias, que tienen por objeto que el contrato se pueda cumplir dentro del término y en las condiciones pactadas, como la imposición de multas*”.



*“Así entonces, queda claro que la multa, a diferencia de la cláusula penal con naturaleza resarcitoria o compensatoria, **tiene una naturaleza conminatoria o de apremio dirigida a actuar en forma compulsiva sobre el contratista obligado para constreñirlo al cabal cumplimiento de sus deberes contractuales, por tanto, cuando ese carácter se le atribuye, la cláusula penal - multa - conlleva también una función sancionatoria**”⁶. (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

Posteriormente, el mismo Consejo de Estado se refirió así:

“(iii) Se prevé que sólo podrá adoptarse [las multas como medida coercitiva] mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista, lo cual significa que, además que se encuentra prevista para incumplimientos parciales y no totales, procede siempre que el contratista no haya satisfecho a cabalidad sus prestaciones, toda vez que su finalidad es la de garantizar el cumplimiento cabal y oportuno de un contrato constreñiendo al contratista a su ejecución en caso de mora o retardo”⁷.

En una línea similar, en respuesta a la consulta formulada por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, la Sala de Consulta y servicio Civil del Consejo de Estado se refirió en los siguientes términos:

*“**La imposición de multas en los contratos estatales tiene por objeto apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, mediante la imposición de una sanción de tipo pecuniario en caso de mora o incumplimiento parcial.** Su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración”⁸. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Finalmente, reiterando la línea expuesta, la misma Corporación a través de la Subsección C de la Sección Tercera sostuvo:

*“**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”⁹. (Subrayado y negrilla fuera de texto)*

De conformidad con lo anterior, resulta perfectamente viable para el Despacho sostener que: (i) las multas en contratación estatal son un tipo de sanción, (ii) son previstas para apremiar al contratista siempre que la obligación se encuentre en mora o retardo y, (iii) no procede en el evento de incumplimientos definitivos.

Así mismo, este Despacho menciona que las sanción impuesta ha respondido a lo pactado por las Partes en el contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2021, y que con las mismas simplemente

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 16 de agosto de 2012, exp 39702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 7 de octubre de 2009, exp. 17.936. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

⁸ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 29 de noviembre de 2020, exp. 2040, CP William Zambrano Cetina

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, subsección C, Sentencia del 10 de septiembre de 2014, exp. 28875, CP Jaime Orlando Santofimio Gamboa.



se ha pretendido conminar al Concesionario al cumplimiento de la obligación reprochada, por lo que el Despacho, lo que ha venido realizando es conminar al Concesionario para ponerse al día con el cumplimiento de sus obligaciones, realizando la tasación de la multa, bajo el procedimiento establecido contractualmente con base en los porcentajes que aplican al caso en concreto.

Por lo expuesto el argumento analizado no prospera.

1.2. Argumentos de los Garantes.

1.2.1. Argumentos de Seguros del Estado S.A.

- **El pago realizado por el concesionario en el año 1.**

Inicialmente, quiere dejar claro el Despacho, que no es cierto que el primer año no tuvo ejecución por no existir interventoría, afirmación realizada por la apoderada de Seguros del Estado.

Por otro lado, se reitera lo relacionado con la suscripción del otrosí No. 01 y el pago realizado en el año 1 por parte del concesionario, por lo que es importante aclarar que si bien se aprobó un desplazamiento en el cronograma del plan de inversiones a través de dicho otrosí, el mismo 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 las cosas, teniendo en cuenta que ya se ha discutido sobre el otrosí No. 01 suscrito, no se abordará más sobre el particular, y no le queda otro camino al Despacho más que desatar desfavorablemente la argumentación por parte de la apoderada de Seguros del Estado.

- **Correlatividad de las obligaciones**

En consideración a que la apoderada del concesionario en la sustentación de su recurso, relacionó bajo similares argumentos la correlatividad de las obligaciones, en aplicación del principio de economía el Despacho no se referirá nuevamente al respecto, y se estará a lo ya expresado sobre este argumento.

- **Indebida interpretación de las obligaciones**

Sobre los vicios de expedición del acto administrativo existe múltiple jurisprudencia al respecto, no obstante, para el caso concreto, estima suficiente el Despacho resaltar los siguientes:

“Ahora bien, en contraposición a la debida motivación del acto administrativo aparecen las figuras de la falta de motivación y falsa motivación. La primera hace referencia a la inexistencia absoluta de las condiciones de hecho y de derecho que sirven de fundamento a la decisión administrativa, mientras que la segunda supone un yerro en la escogencia o determinación de dichas condiciones.

Para establecer si se incurre en esta causal de nulidad del acto administrativo, se hace necesario examinar los antecedentes fácticos y jurídicos del mismo, para llegar a concluir que existe una incongruencia entre los motivos invocados por el funcionario y la decisión final. Así, habrá falsa motivación cuando al analizar el acto administrativo se evidencia la



divergencia entre la realidad fáctica y/o jurídica con los motivos esgrimidos en el acto administrativo.

(...)

Así las cosas, se concluye que los elementos indispensables para que se configure la falsa motivación son los siguientes: **(a) la existencia de un acto administrativo motivado total o parcialmente, pues de otra manera estaríamos frente a una causal de anulación distinta, (b) la existencia de una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que incide a la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) la efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado**¹⁰. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

En una línea similar, el Consejo de Estado¹¹ se pronunció en torno a las diferencias entre la falta y la falsa motivación así:

“La falta de motivación, que no es equiparable a la “falsa motivación”, es la omisión de motivar el acto administrativo imputable a la autoridad que lo profiere, lo cual constituye un vicio de procedimiento, y, por ende, una causal de nulidad por expedición irregular del acto, mientras que la “falsa motivación” supone que sí hubo motivación, pero ésta no corresponde a los hechos. Ahora bien, para determinar si se ha o no omitido motivar el acto, no basta con la inclusión de expresiones genéricas (las famosas frases “passe par tout”) (sic), sino una relación de los motivos concreto (sic) que fundamentan el acto, desde el punto de vista de los fundamentos de derecho y hecho”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

A partir de lo anterior, es claro que la falsa motivación se estructura cuando: (a) Exista un acto administrativo motivado, total o parcialmente; (b) Exista una evidente divergencia entre la realidad fáctica y jurídica que incide en la producción del acto y los motivos argüidos o tomados como fuente por la administración pública o la calificación de los hechos, y (c) Hay una efectiva demostración por parte del demandante del hecho de que el acto administrativo se encuentra falsamente motivado.

Así las cosas, es claro que los presupuestos para configurar la falsa motivación alegada no se estructuran en el caso concreto, pues de conformidad con el análisis adelantado por este Despacho en la decisión recurrida, es perfectamente dable observar que las conclusiones a las que arribó se fundan en razones coherentes con la realidad fáctica y jurídica, toda vez que se produjo una valoración integral de los hechos y el acervo probatorio que permitió concluir que el Concesionario no dio cumplimiento a la obligación presuntamente incumplida, sin que existieran justificaciones jurídicas para dicho incumplimiento.

Por lo anterior, de conformidad con lo expuesto, para el Despacho es claro que no le asiste razón a la apoderada de Seguros del Estado, debiéndose de forma inexorable desestimar la argumentación expuesta en sus descargos.

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

Al respecto, conviene recordarle al recurrente que, tal y como lo establece el Código de Comercio en su artículo 1079 la póliza de seguro solo cubre hasta el valor asegurado:

“Artículo 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074.”

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil dieciséis (2016). Radicación: 11001-03-25-000-2012-00317-00 (1218- 12)

¹¹ Consejo de Estado. Sección Segunda. Consejero ponente: Gabriel Valbuena Hernández. Bogotá D.C., cinco (05) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación: 110010325000201000064 00 (0685-2010)



Documento firmado digitalmente



Por lo anterior, el argumento no se abre camino toda vez que es claro tanto en el acto administrativo recurrido, como en la norma previamente transcrita que la afectación de la póliza solo podrá darse hasta por el monto máximo asegurado por el garante.

Por lo expuesto el argumento presentado por el apoderado no prospera.

- **Tasación de perjuicios**

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

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

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

Para la Corte Constitucional, la cuantificación de perjuicios tiene la finalidad específica de dotar al Estado de un instrumento idóneo para sancionar al contratista incumplido y para proteger el interés público de los efectos nocivos del incumplimiento, finalidad que no está prohibida por la Constitución, y es legítima.

Es así como, con el objeto de materializar la finalidad mencionada, se faculta a la entidad estatal para cuantificar los perjuicios que se hubieren causado por el incumplimiento del contratista, previa declaración de este, luego de haberse agotado el procedimiento respectivo.

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

De lo anterior, se resalta que, en el escenario de la responsabilidad contractual, la cuantificación de perjuicios está supeditada a la ocurrencia necesaria del incumplimiento del contrato y la consecuente cuantificación de perjuicios, tema que no será analizado a profundidad por el Despacho, teniendo en cuenta que en la resolución atacada no se calcularon ni se impusieron perjuicios a favor de la Agencia Nacional de Infraestructura, por lo que, no considera el Despacho sea un tema para entrar a estudiar a fondo.

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

- **Compensación**

La profesional del Derecho solicita la aplicación de la figura de compensación en los términos del artículo 1714 del Código Civil.

Al respecto, resulta pertinente poner de presente que de conformidad con el artículo 1715 del Código Civil Colombiano, la compensación como un modo de extinguir las obligaciones, opera cuando: (i) Dos personas son deudoras una de otra (de dinero o de cosas fungibles o



indeterminadas de igual género y calidad), (ii) Ambas deudas sean liquidadas y actualmente exigibles, y (iii) Opera por ministerio de la Ley, por lo que no se requiere solicitar su aplicación.

Así mismo, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, ha establecido:

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

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

PARÁGRAFO. La cláusula penal y las multas así impuestas, se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva. Resaltado y subrayado fuera de texto.

Inicialmente, es necesario señalar que la solicitud de la apoderada en este momento no resulta de recibo, toda vez que en el caso concreto no se reúnen los requisitos dispuestos en el artículo 1715 del Código Civil, como quiera que las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones referidas en la presente actuación solo serán exigibles cuando, eventualmente, el acto administrativo que declaró el incumplimiento e impuso la multa, se encuentre en firme, y como esto no ha ocurrido, como quiera que la decisión recurrida no se encuentra ejecutoriada, no es posible hablar de compensación, en tanto aún no constituye una acreencia en favor de la ANI y en contra del concesionario, no obstante a lo anterior, una vez en firme el acto administrativo que declare el incumplimiento e imponga la multa, será procedente la figura de compensación solicitada por la apoderada del garante en los términos establecidos con el lleno de los requisitos legales.

1.2.2. Argumentos de Nacional de Seguros S.A.

- **Inexistencia de una interventoría contratada por la ANI**

Frente a la contratación de la interventoría por parte de la ANI, como se verá a continuación, mediante la contratación de la Interventoría se busca materializar la obligación impuesta por las Leyes 80 de 1993 y 1474 de 2011 a las entidades públicas, consistente en vigilar permanentemente y exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.

En esa línea, el artículo 4 de la Ley 80 de 1993, dispone:

ARTÍCULO 4o. DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LAS ENTIDADES ESTATALES. *Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales:*

1o. Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrán hacer al garante.

Asimismo, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 señala:



Documento firmado digitalmente



“ARTÍCULO 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que, sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La Interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante lo anterior, cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la Interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e Interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual, en el contrato respectivo de Interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

El contrato de Interventoría será supervisado directamente por la entidad estatal”.
(Resaltado fuera de texto)

De lo anterior, es claro que las Entidades tienen la obligación de vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado, lo cual, si bien responde a la primera parte del argumento expuesto por el Concesionario en cuanto a que es una obligación de la ANI, debe resaltarse que de las normas transcritas no se observa referencia alguna sobre la connotación de derecho del contratista, y no tendría por qué, pues a través de la interventoría y/o supervisión es posible materializar la obligación general de vigilar permanentemente y exigir la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado, por lo que, es claro que se constituye en una obligación del resorte exclusivo de la Entidad a partir del ejercicio de funciones públicas.

En ese orden, es claro que aún cuando pudiera predicarse la existencia de una coligación funcional entre el contrato de concesión y el contrato de interventoría, no es menos cierto que dicha relación de dependencia es unilateral del segundo respecto del primero, por tanto, es claro que, tal como se anotó líneas atrás, el presunto incumplimiento del Concesionario no dependía de la obligación a cargo de la ANI, teniendo en cuenta que la Interventoría podía ser contratada con posterioridad, en este orden de ideas, la relación de conexidad que existe es unilateral, esto es, del contrato de interventoría frente al de concesión, pues aquel existe *por y para* el seguimiento del segundo.

Así las cosas, frente al incumplimiento de la ANI por no haber contratado la Interventoría, a juicio del Despacho, no existe tal violación, toda vez que en el Capítulo VII, si bien se tiene que existe la necesidad de contratar la Interventoría, no puede dejarse de lado que existió una previsión por las partes dejando que podría contratarse la interventoría en cualquier momento, sin estar obligada la entidad a realizar algún reconcomiendo al concesionario por esta razón.

Frente a los perjuicios ocasionados a la entidad contratante, la correlación de las obligaciones y la tasación de la multa, es claro para el Despacho que lo deprecado resulta idéntico a los argumentos



Documento firmado digitalmente



expuestos por la apoderada del concesionario, como la apoderada de Seguros del Estado, por ende, no le queda otro camino al Despacho más que remitirse a lo allí expuesto.

Teniendo en cuenta que ninguno de los argumentos expuestos por los recurrentes logró desvirtuar el incumplimiento objeto de reproche, y en atención a que no existen razones o circunstancias nuevas que motiven un cambio en la decisión adoptada con el acto impugnado, el mismo deberá ser confirmado en su integridad.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. CONFIRMAR la Resolución 20237070017105 del 11 de diciembre de 2023, de conformidad con las consideraciones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. EN FIRME esta decisión desde el día siguiente al de su notificación en audiencia, conforme a lo dispuesto por el artículo 87 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 20237070017105 del 11 de diciembre de 2023.

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

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

ARTÍCULO QUINTO. Contra la presente Resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **30-05-2024**

MARIA CAROLINA ZUÑIGA HERNÁNDEZ

Coordinadora G.I.T. Procedimientos Sancionatorios Contractuales (E)
Vicepresidencia Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura

Proyectó: Tatiana Puerto Siabato - Abogada – GIT Procedimientos Sancionatorios Contractuales
Revisó: Eva Patricia Sandoval Clavijo