

**AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA****RESOLUCIÓN No. 348 DE 2016****09 SEP 2016**

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

EL VICEPRESIDENTE DE GESTIÓN CONTRACTUAL DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante Resolución No. 506 de 7 de abril de 2016, y según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en los artículos 34 a 45 y 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011, procede a resolver el recurso de reposición presentado por la sociedad Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, por la cual se declaró el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., dentro del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, se impuso multa y se declara la ocurrencia de un siniestro, y

CONSIDERANDO

Que mediante la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, la Agencia Nacional de Infraestructura resolvió lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar el incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., de las obligaciones contractuales contenidas en los numerales 15.33 y 15.21 del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, frente a las obras de colocación de boyas dejadas de realizarse en los años 2010, 2012 y 2014, previstas en el Plan de Inversiones del referido Contrato, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVAS LAS MULTAS previstas en el numeral 18.10 de la Cláusula Décima Octava del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, a título conminatorio para el cumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 15.33 y 15.21 del mismo Contrato; multas que ascienden a la suma de MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES AMERICANOS (\$USD1.431), de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución, tasadas a 9 de junio de 2016.

ARTÍCULO TERCERO.- DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de Cumplimiento No.

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

05GX000694, expedida el 2 de septiembre de 2014 por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con vigencia hasta el 5 de agosto de 2019, hasta por la suma de DOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$2.000), según las razones expuestas anteriormente, y en el evento que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. se abstenga de efectuar el pago de la multa ordenada en el artículo anterior y frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas para el año 2014 en el Plan de Inversiones, póliza constituida como Garantía Única de Cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, en su amparo de cumplimiento.

ARTÍCULO CUARTO.- Comunicar el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Turbo (Antioquia) y a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con lo establecido en el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo.

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.

ARTÍCULO OCTAVO.- En firme la presente providencia, publíquese de acuerdo con lo ordenado por el artículo 31 de la Ley 80 de 1993, el artículo 6 de la Ley 1150 de 2007 y comuníquese a la Cámara de Comercio de Turbo (Antioquia)."

Que según lo dispuesto en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el 22 de junio de 2016 a las nueve y cuarenta y ocho minutos de la mañana (9:48 a.m.), se reanudó audiencia para notificar formalmente la Resolución No. 948 de esa misma fecha. Diligencia que se desarrolló en las instalaciones de la Agencia y a la que asistieron los apoderados de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., y la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, así como la representante legal del Concesionario.

Que en desarrollo de la audiencia del 22 de junio de 2016, se dio lectura a la Resolución No. 948 de 2016, haciendo entrega de una copia a cada uno de los apoderados de las partes comparecientes, conforme lo establece el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

Que se resolvió suspender la diligencia hasta el 30 de junio de 2016 a las nueve y treinta de la mañana (9:30 a.m.), para que si a bien lo tenían los apoderados de las partes intervinientes hicieran uso de sus derechos de defensa y contradicción, formulando los recursos u oposiciones que estimaran pertinentes.

El apoderado del Concesionario solicitó reprogramación de la audiencia, petición que fue negada por comunicación de 28 de junio de 2016.

Que el 30 de junio de 2016, se reanudó la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, con la apoderada sustituta del Concesionario y el apoderado sustituto de la Aseguradora. En atención a la llegada tardía de la apoderada del Contratista, se concedió el uso de la palabra al apoderado de la Aseguradora, quien interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, cuyos argumentos se expondrán en un acápite posterior. Por su parte, la apoderada sustituta del Concesionario manifestó que se adhirió al recurso impetrado por la aseguradora, así como solicitó aclaración de ese acto administrativo, pues *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 del Código General del Proceso, el que la misma [Resolución] sea aclarada en el sentido de indicar de forma precisa el término con que cuenta la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. para efectuar la consignación de la multa impuesta y los datos de la cuenta bancaria, para así proceder con la consignación"*.

Que por lo anterior, corresponde a la Agencia Nacional de Infraestructura resolver los recursos interpuestos contra la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016.

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN IMPETRADO POR LA ASEGURADORA

En la reanudación de la audiencia llevada a cabo el 30 de junio de 2016, el apoderado sustituto de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A. interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, con el propósito que se revoque ese acto administrativo, con fundamento en los siguientes argumentos:

En primer lugar, y en criterio de la Aseguradora, el acto administrativo sancionatorio está viciado de nulidad, en atención a que se declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, haciendo efectiva la póliza No. 05GX000694 por la suma de USD\$2.000, sin considerar que la tasación realizada para la imposición de la multa ascendió a USD\$477 para cada año presuntamente incumplido, es decir, para el año 2012, 2013 y 2014, siendo aplicable al momento procedente la sanción por el año 2014, dado que la vigencia de la póliza mencionada inició a partir del 13 de febrero de 2014.

La anterior actuación evidencia a toda luz la causal de nulidad contemplada en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, esto es, la falsa motivación, de conformidad con el desarrollo jurisprudencial que sobre el tema ha realizado también el Consejo de Estado.

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

Además, el artículo 1077 del Código de Comercio establece que es obligación del asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida si fuere del caso, por lo cual la póliza de cumplimiento goza de la característica de ser indemnizatoria, por lo que su efectividad lógicamente se encuentra supeditada a la demostración de los perjuicios causados, imputables al garantizado. Así, se tiene que el perjuicio no ha sido demostrado por la Entidad.

En virtud de lo anterior, debe revocarse el artículo tercero de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, toda vez que se encuentra demostrado el vicio que afecta el elemento causal del acto administrativo por falsa motivación.

En segundo lugar, con relación a la conducta desplegada por el Concesionario en la ejecución de las obligaciones, se observa que a la fecha la Entidad no ha logrado demostrar que el presunto incumplimiento del contrato obedeció exclusivamente por causas imputables al contratista garantizado, por cuanto en el presente caso se demuestra la existencia de circunstancias eximentes de responsabilidad a favor de aquel, como lo es el hecho de un tercero, devenidas de la operatividad ineficiente de la DIMAR, a la que se vio expuesto el Concesionario en el trámite pertinente para la instalación de las boyas.

Las inconsistencias en cada una de las respuestas dadas por la DIMAR, frente a las solicitudes presentadas por el Concesionario, generaron atrasos en la emisión de autorizaciones y del concepto requerido para la instalación de las boyas, llevaron al Contratista a un incumplimiento vestido de la causal eximente de responsabilidad hecho de un tercero, con el que se demuestra que el presunto incumplimiento no es imputable al Concesionario.

Incluso, este eximente de responsabilidad se encuentra previsto como una exclusión en la póliza de garantía de cumplimiento, lo que es reflejo de lo dispuesto en el Decreto 1082 de 2015, de manera que la administración no podrá alegar que es una normatividad comercial no aplicable al presente proceso sancionatorio.

Así mismo, se tiene que "[D]e los hechos originados en la ejecución del contrato, se observa que el incumplimiento obedeció a varios actos de omisión por parte de la administración para que el contratista pudiera dar cabal cumplimiento a sus obligaciones; situación que fue agravada por el mismo SENA (sic), puesto que el contratista en observancia de que la fecha del contrato se encontraba por vencer y no se había designado el personal de la entidad para el recibo de los elementos, procedió a solicitar la correspondiente prórroga del contrato, solicitud de prórroga que fue negada sin tenerse en cuenta los actos de omisión, el deber de diligencia que le compete a toda entidad estatal y al principio de buena fe que reviste todas las modalidades de contratación estatal", actuación que evidencia la causal de eximente de responsabilidad.

De conformidad con lo expuesto, se observa que las actuaciones de la DIMAR constituyen la raíz y causa generadora del daño hoy reprochado por la ANI a la

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., causa que es totalmente ajena a las actuaciones del Concesionario, quien depende de la certificación y concepto de aquella entidad para la instalación de las boyas, lo que condujo a un hecho irresistible e impredecible.

En ese orden, como el Concesionario se encontraba en una circunstancia irresistible, imposibilitado para realizar la instalación de las boyas, máxime cuando su actuar se encontraba ligado a que la DIMAR emitiera el correspondiente concepto para tal instalación, quien actuó de manera negligente, generando cargas adicionales al Contratista.

Así las cosas, es claro que el acto administrativo sancionatorio adolece de falsa motivación, en la medida que pretende la imposición de una sanción sin tener en cuenta los hechos que generan una exoneración de la responsabilidad, por causa de un tercero, en los términos de la jurisprudencia del Consejo de Estado.

DEL RECURSO DE REPOSICIÓN IMPETRADO POR EL CONCESIONARIO

De forma posterior a la intervención de la Aseguradora en la reanudación de la audiencia llevada a cabo el 30 de junio de 2016, la apoderada sustituta del Concesionario manifestó que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. decidió no interponer recurso de reposición en contra de la Resolución No. 948 de 2016, pero que se adhería al recurso presentado por la Aseguradora, y se solicitó una aclaración en cuanto a ese acto administrativo, en el sentido que *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 del Código General del Proceso, el que la misma [Resolución] sea aclarada en el sentido de indicar de forma precisa el término con que cuenta la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. para efectuar la consignación de la multa impuesta y los datos de la cuenta bancaria, para así proceder con la consignación"*.

CONSIDERACIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO POR LA ASEGURADORA, COADYUVADO POR EL CONTRATISTA

En atención a los estrictos términos del recurso impetrado por la Aseguradora, coadyuvado por la sociedad Contratista, esta Entidad procederá a resolver los precisos argumentos expuestos en el mismo, iniciando con el argumento del eximente de responsabilidad por hecho de un tercero y continuando con la declaratoria del siniestro con afectación a la póliza de cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria, en los siguientes términos:

En primer lugar, sobre la existencia de un eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, alegado por la Aseguradora en el recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio, debe ponerse de presente que, con los descargos, el Contratista no precisó las condiciones de tiempo, modo y lugar, en las que consideró

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

verse afectado por la actuación de un sujeto ajeno a la relación contractual, fue solo la Aseguradora en su recurso la que planteó que la situación eximente de responsabilidad consistía en que la DIMAR tardó demasiado tiempo en el otorgamiento de los permisos para la instalación de las boyas, aspecto fáctico que a su juicio constituye el evento eximente de responsabilidad.

Al respecto, esta Entidad debe retomar parte del análisis efectuado en su momento en la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, sobre la distribución y asignación de riesgos en los contratos de concesión estatal, en particular el Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, así:

Según el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en su numeral 4º, 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.

El concepto de riesgo para la definición legal del Contrato de Concesión Portuaria corresponde a la probabilidad de observar una desviación, positiva o negativa, en el comportamiento de una variable respecto de los posibles resultados esperados.

Para este entendimiento y en especial el caso que define esta Agencia en su calidad de Entidad Concedente, es indispensable analizar un riesgo típico de los Contratos de Concesión estatal portuaria.

Así, las evaluaciones del cumplimiento de las obligaciones contractuales en un negocio estatal de concesión se deben acompasar a la asignación de riesgos, pues por la naturaleza propia de este tipo de contratos estatales y su desarrollo de tracto sucesivo, los eventos extraños o que afectan el desarrollo del contrato están previstos desde la oferta del contrato, para analizar su posible impacto en su desarrollo normal.

Esto se refleja igualmente en que el Contrato de Concesión Portuaria se desarrolla en un sentido general o global, bajo el riesgo del Concesionario, quien al suscribir el Contrato asume el cumplimiento de sus obligaciones bajo los posibles riesgos que puedan ocurrir, lo que genera que si uno de estos riesgos es activado y corresponde de aquellos que está asignado al Contratista particular, la excusa de su incumplimiento no se puede fundamentar exclusivamente en la ocurrencia de estos riesgos previsibles y aceptados al suscribir el contrato.

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de Junio de 2016"

Así, por medio de esta asignación de riesgos, las partes buscaron identificar todas las situaciones que pudieran afectar la ejecución del contrato, que generaran dificultades en el desarrollo de las prestaciones originales, para determinar luego cuál de las partes deberá soportar sus consecuencias. De tal suerte que, "[l]as partes prevén, entonces, la posibilidad de ocurrencia de los riesgos identificados, integrando esta carga al contrato, como complemento de las obligaciones. Al conjunto de obligaciones y derechos de cada una de las partes, surgidas de la definición contractual de las prestaciones del contrato, se agregan las cargas de los riesgos que asumen como propios. La materialización de uno de estos riesgos generará la obligación de soportar sus consecuencias para quien lo haya asumido, sin derecho a reclamar a la otra parte (...)"¹.

En consecuencia, no es posible admitir que el Contratista y su Asegurador se excusen en una causa ajena a su diligencia, concretamente en un trámite legal que está a cargo del Concesionario, sino que deberá ponderar el ajuste con su asunción de riesgos, en la medida en que el cumplimiento de sus obligaciones presenta una especial atención al efectuarse bajo su cuenta y riesgo.

Visto lo anterior, la Agencia pone de presente que el mismo Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008 establece sus riesgos, en los siguientes términos:

*"CLÁUSULA TRIGÉSIMA. RIESGOS. Por ser este un proyecto a ser desarrollado por iniciativa del CONCESIONARIO, es claro que **la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del mismo en su etapa preoperativa, de construcción, de operación y de reversión, serán asumidos por EL CONCESIONARIO**, y su ocurrencia no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor del mismo, dentro de los cuales cabe mencionar sin limitarse a ellos: el riesgo de estudios y diseños, de construcción, de cantidades de obra, presupuesto, plazo de ejecución de las obras, de mantenimiento, de operación, comercial, social, ambiental, de demanda, de cartera, financiero, cambiario, soberano o político, predial, tributario, seguridad portuaria, seguridad y protección de instalaciones portuarias, higiene y seguridad industrial" (se resalta).*

De la anterior disposición contractual se tiene que, sin duda alguna, la totalidad de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008 deben ser asumidos por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. y por ende, no puede tenerse como válido el argumento dirigido a señalar que el incumplimiento se generó en situaciones imprevisibles o por causa de terceros, específicamente en el otorgamiento de permisos por parte de la DIMAR.

Ahora bien, existe un aspecto que debe resaltarse, y es que la instalación de boyas debió hacerse desde el año 2010, y concretamente en los años 2010, 2012 y 2014,

¹ Benavides, José Luis, «Los riesgos contractuales en Contratación Estatal», en Jaime O. Santofimio, José L. Benavides (dir.), Estudios sobre la reforma del estatuto contractual (L-1150/07), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009.

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

así que resulta un contrasentido atribuirle responsabilidad a la DIMAR en una demora en el otorgamiento de permisos, si es claro que, desde el inicio de la obligación, el Contratista ha estado incurriendo en indiligencia para el cumplimiento de esa obligación contractual, y aún peor ha reconocido que se encuentra en mora en ese cumplimiento.

Precisado lo anterior, se tiene que la mera afirmación efectuada por la Aseguradora en su recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio, coadyuvado por el Concesionario, no tiene la fuerza de generar algún tipo de variación o revocatoria de la determinación de responsabilidad administrativa establecida en cabeza del Concesionario por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el Plan de Inversiones específicamente la colocación de boyas.

Por otra parte, no es cierto, como lo afirma la Aseguradora que no se haya demostrado la ocurrencia del incumplimiento, en la medida en que en la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016 se establecieron de forma clara y sin lugar a equívocos los hechos y las pruebas en virtud de las cuales se encontró que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. incurrió en un incumplimiento contractual. Entonces, afirmar que *"no se ha logrado demostrar que el presunto incumplimiento del contrato obedeció exclusivamente por causas imputables al contratista garantizado"*, no es más que una afirmación sin fundamentos, con la que pretende sin prueba alguna desvirtuar la declaratoria de incumplimiento.

Aquí lo que se tiene es que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., según los compromisos obtenidos con el Plan de Inversiones del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, debía efectuar la colocación de boyas en tres etapas (años 2010, 2012 y 2014), lo que no ocurrió, pero pretendió, junto con su Aseguradora, excusarse en que la DIMAR no había otorgado los permisos; sin embargo, esta excusa no es de recibo para esta entidad pues, por una parte, no se establecieron las condiciones de tiempo, modo y lugar para alegar que es una causa atribuible a la DIMAR, y por otra, escapa a cualquier entendimiento que esta última entidad haya tardado más de 4 años en la emisión de permisos, lo que evidencia claramente la falta de diligencia del Contratista en obtener los permisos en los tiempos legales y necesarios para la ejecución contractual, pues si llegase a resultar cierto el silencio en la DIMAR, resultaría aún mucho más grave la indiligencia, silencio y descuido de la sociedad Contratista en permitir el paso del tiempo sin la obtención de permisos.

En ese entendido, la afirmación de existencia de eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, concretamente de la DIMAR por la no obtención de los permisos necesarios para la colocación de las boyas, no tiene ningún fundamento, por lo que no existe el alegado vicio de nulidad de falsa motivación, expuesto por la Aseguradora en su recurso de reposición y coadyuvado por el Concesionario.

Debe ponerse de presente que en el recurso de reposición, la Aseguradora afirmó que: *"[D]e los hechos originados en la ejecución del contrato, se observa que el incumplimiento obedeció a varios actos de omisión por parte de la administración"*

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

para que el contratista pudiera dar cabal cumplimiento a sus obligaciones; situación que fue agravada por el mismo SENA (sic), puesto que el contratista en observancia de que la fecha del contrato se encontraba por vencer y no se había designado el personal de la entidad para el recibo de los elementos, procedió a solicitar la correspondiente prórroga del contrato, solicitud de prórroga que fue negada sin tenerse en cuenta los actos de omisión, el deber de diligencia que le compete a toda entidad estatal y al principio de buena fe que reviste todas las modalidades de contratación estatal", afirmación que no guarda ninguna relación con el presente proceso y de la cual no se hará ningún pronunciamiento, pues esta Entidad entiende que se trató de un error al momento de presentar el recurso pues pareciera que se refiere a un procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por otra entidad, el SENA.

En consecuencia, se mantiene la declaratoria de incumplimiento establecida en la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016.

En segundo lugar, la Aseguradora acusa también de falsa motivación la referida Resolución por el hecho que el acto administrativo sancionatorio declaró la ocurrencia del siniestro por incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, haciendo efectiva la póliza No. 05GX000694 por la suma de USD\$2.000, sin considerar que la tasación realizada para la imposición de la multa ascendió a USD\$477 para cada año presuntamente incumplido, es decir, para el año 2010, 2012 y 2014, siendo aplicable al momento procedente la sanción por el año 2014, dado que la vigencia de la póliza mencionada inició a partir del año 2014.

Sobre esta afirmación, resulta totalmente necesario acudir a los estrictos términos del artículo tercero de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, así:

"(...) ARTÍCULO TERCERO.- DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de Cumplimiento No. 05GX000694, expedida el 2 de septiembre de 2014 por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con vigencia hasta el 5 de agosto de 2019, hasta por la suma de DOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$2.000), según las razones expuestas anteriormente, y en el evento que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. se abstenga de efectuar el pago de la multa ordenada en el artículo anterior y frente al incumplimiento de las obligaciones establecidas para el año 2014 en el Plan de Inversiones, póliza constituida como Garantía Única de Cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, en su amparo de cumplimiento. (...)" (negritas del texto citado y subrayado adicional).

La disposición transcrita evidencia que no es cierto lo afirmado por la Aseguradora al señalar que la póliza de cumplimiento se afectó por la cuantía de USD\$2.000, sino que es claro que se indicó que se afectaría "hasta por la suma de (...)", lo que es diferente.

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

Así, y para efectos de la confirmación de la decisión sancionatoria contenida en la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, resulta necesario precisar el valor concreto con el que se afectará la póliza de cumplimiento No. 05GX000694 expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA S.A. cuya vigencia cubría desde el año 2014, por lo que no es posible afectar frente a la multa impuesta por los años 2010 y 2012.

En ese entendido, se procederá a modificar el artículo tercero de la Resolución impugnada, en el sentido de precisar que se declarará ocurrido el siniestro frente a la referida póliza, pero por la suma concreta de USD\$477 correspondiente a la multa impuesta por el incumplimiento del Plan de Inversiones frente a la obligación para el año 2014, y en el evento que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. se abstenga de efectuar el pago de esa multa.

Sin perjuicio de la modificación que se hará, debe advertirse que la misma no constituye de forma alguna la conformación del vicio de nulidad de falsa motivación, pues como se indicó en precedencia, la lectura que había efectuado la Aseguradora del texto del artículo tercero del acto impugnado resultó ser desacertado.

DE LA SOLICITUD DE ACLARACIÓN DE LA RESOLUCIÓN No. 948 DE 22 DE JUNIO DE 2016

La apoderada sustituta de la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en la reanudación de la audiencia realizada el 30 de junio de 2016, solicitó una aclaración en cuanto a la Resolución No. 948 de 2016, en el sentido que *"de conformidad con lo dispuesto en el artículo 258 del Código General del Proceso, el que la misma [Resolución] sea aclarada en el sentido de indicar de forma precisa el término con que cuenta la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. para efectuar la consignación de la multa impuesta y los datos de la cuenta bancaria, para así proceder con la consignación"*.

Frente a la solicitud de aclaración, esta Entidad indica que la multa impuesta a través de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, quedará en firme una vez se notifique esa decisión en la reanudación de la audiencia, según lo disponen los artículos 86 de la Ley 1474 de 2011 y 87 de la Ley 1437 del mismo año, y a partir de ese momento prestará mérito ejecutivo, por lo que la Agencia podrá proceder a su recaudo por cobro coactivo, con la correspondiente generación de intereses en caso de mora en el pago inmediato.

De igual manera, se informa que la cuenta bancaria en la que se deberá efectuar la consignación correspondiente al valor de la multa impuesta es la cuenta de ahorros No. 188-164896-67 de Bancolombia, a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura con NIT No. 830.125.996-9.

1348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

En conclusión, habiendo sido resueltos los argumentos que contiene el recurso de reposición impetrado por la Aseguradora CONFIANZA S.A., coadyuvado por el Concesionario, se llega a las siguientes conclusiones:

1. Se mantiene la declaratoria de incumplimiento, pues no se evidencia ningún eximente de responsabilidad por el hecho de un tercero, por lo que con ocasión de la asunción de riesgos en el Contrato de Concesión No. 002 de 2008, la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. resulta ser responsable del incumplimiento en el Plan de Inversiones correspondiente a los años 2010, 2012 y 2014.
2. Se modificará el artículo tercero de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, en el sentido de declarar la ocurrencia del siniestro de incumplimiento amparado por la póliza de cumplimiento No. 05GX000694 emitida por la Aseguradora CONFIANZA S.A., por la suma de USD\$477 y en el evento que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. se abstenga de efectuar el pago de esa multa. Recordando que esa Resolución impuso una multa total de USD\$1431, correspondiente a USD\$477 para cada año de incumplimiento (2010, 2012 y 2014).
3. Se aclarará la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, en el sentido de indicar que el valor de la multa impuesta deberá ser consignado en la cuenta de ahorros No. 188-164896-67 de Bancolombia, a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura con NIT No. 830.125.996-9, con la advertencia que el acto administrativo queda en firme desde la notificación de esta decisión que resolvió el recurso de reposición, y que a partir de ese momento prestará mérito ejecutivo, por lo que la entidad podrá proceder a su recaudo a través del cobro coactivo y con la generación de los intereses correspondientes.

En virtud de lo anteriormente expuesto se,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO.- Modificar el Artículo Tercero de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, en el sentido DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de Cumplimiento No. 05GX000694, expedida por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., con vigencia hasta el 5 de agosto de 2019, por la suma de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$477), según las razones expuestas anteriormente, y en el evento que la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A. se abstenga de efectuar el pago de la multa correspondiente a ese valor y que responde al año 2014, amparado por esa póliza, la que fue constituida como Garantía Única de Cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 002 de 2008, en su amparo de cumplimiento.

11348

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición presentado por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. - CONFIANZA, coadyuvado por la Sociedad Portuaria Punta de Vaca S.A., en contra de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016"

ARTÍCULO SEGUNDO.- Aclarar la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, en el sentido de indicar que el valor total de la multa impuesta, es decir la suma de MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD\$1.431), deberá ser consignado en la cuenta de ahorros No. 188-164896-67 de Bancolombia, a nombre de la Agencia Nacional de Infraestructura con NIT No. 830.125.996-9, con la advertencia que el acto administrativo queda en firme desde la notificación de esta decisión que resolvió el recurso de reposición, y que a partir de ese momento prestará mérito ejecutivo, por lo que la entidad podrá proceder a su recaudo a través del cobro coactivo y con la generación de los intereses correspondientes. Debe precisarse que el valor antes indicado se pagará de conformidad con la TRM del día en que efectivamente se realice el pago.

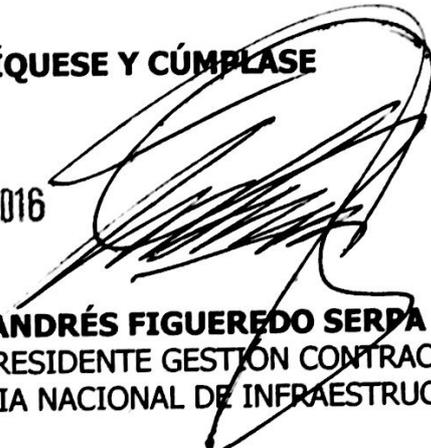
ARTÍCULO TERCERO.- Confirmar en lo demás, la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, de conformidad con las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO.- En firme esta decisión, dése cumplimiento a los Artículos Primero, Segundo, Cuarto, Quinto, Sexto, Séptimo, y Octavo de la Resolución No. 948 de 22 de junio de 2016, y a este acto administrativo.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá. D. C.,

09 SEP 2016


ANDRÉS FIGUEREDO SERPA
VICEPRESIDENTE GESTIÓN CONTRACTUAL
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Elaboró: Carol Melissa Chinchilla Imbett - Abogada Gerencia de Defensa Judicial V/J
Revisó: Alejandro Gutiérrez Ramírez - Gerente Defensa Judicial V/J
Jimmy Alexander García Urdaneta - Experto G3 Grado 08 Gerencia Defensa Judicial V/J
Gersain Alberto Ostos Giraldo - Asesor Vicepresidencia de Gestión Contractual
Luz Dianne Díaz Gómez - Abogada Gerencia Asesoría Legal de Gestión Contractual 1 V/J
José Román Pacheco Gallego - Gerente Asesoría Legal de Gestión Contractual 1 V/J
Dina Rafaela Sierra Rochels - Gerente Férreo y Portuario - VGC
Diana Ximena Corredor - Gerente Financiera - VGC