

REPÚBLICA DE COLOMBIA



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 545 DEL 2011

(25 de noviembre de 2011)

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

**LA SUBGERENTE DE GESTION CONTRACTUAL DEL
INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – HOY AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA**

En cumplimiento de la Ley 1ª de 1991 y sus decretos reglamentarios y en ejercicio de sus competencias y facultades legales, en especial las contenidas en los Decretos 1800 de junio de 2003, la Resolución N° 065 del 1º de febrero de 2005 y el artículo 24 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que el artículo 5 de la Ley 1 de 1991 *"Por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones"*, define la concesión portuaria como un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la entidad correspondiente, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de baja mar y zonas accesorias a aquellas o estos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos [...].

Que la Ley 80 de 1993 *"Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública"* establece en su artículo 4 que para el cumplimiento de los fines de la contratación pública, las entidades estatales exigirán del contratista y de su garante la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado.

Que mediante Decreto 1800 de 2003 se creó el Instituto Nacional de Concesiones – INCO como un establecimiento público de orden nacional, adscrito al Ministerio de Transporte, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa y financiera, que tiene como objeto planear, estructurar, contratar, ejecutar y administrar los negocios de infraestructura de transporte que se desarrollen con participación del capital privado y en especial las concesiones en los modos carretero, fluvial, marítimo, férreo y portuario.

Que de acuerdo con el artículo 3 del Decreto 1800 de 2003, dentro de las funciones del Instituto Nacional de Concesiones se encuentran, entre otras, las siguientes:

- "Ejercer las potestades y realizar las acciones y actividades necesarias para garantizar la oportuna e idónea ejecución de los contratos a su cargo y para proteger el interés público, de conformidad con la ley";
- "Supervisar, evaluar y controlar el cumplimiento de la normatividad técnica en los proyectos a su cargo.";
- "Supervisar el cumplimiento de los compromisos de inversión establecidos en los contratos a su cargo.";

LEU

SW

A.T.
ME

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

- "Imponer las multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas en los mismos."

Que como complemento de lo anterior, la Ley 1474 de 2011 *"Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública"* en su artículo 83 dispone que las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

Que mediante Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 se cambió la naturaleza jurídica y la denominación del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, pasando de ser un establecimiento público a una Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial denominada Agencia Nacional de Infraestructura, adscrita al Ministerio de Transporte.

Que el artículo 25 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011 dispone expresamente que los derechos y obligaciones que a la fecha de expedición del citado Decreto tenga el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, continuarán a favor y cargo de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Que el 19 de noviembre de 2009 se suscribió el contrato de concesión portuaria No. 001 de 2009 con la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A., mediante el cual se otorgó una concesión portuaria para la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o éstos, para la operación de las instalaciones portuarias allí construidas, localizadas en el sitio conocido con el nombre de Puerto Nuevo, área sur de Bahía Pórtete, jurisdicción del Municipio de Urbía, Departamento de La Guajira, destinada a la prestación de servicios portuarios, por el término de veinte (20) años a cambio de la contraprestación establecida en la cláusula novena del citado contrato, dentro del cual encontramos las siguientes cláusulas relevantes:

"CLAUSULA SEPTIMA. PLAN DE INVERSIONES. La SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. se compromete a realizar las inversiones en obras de infraestructura portuaria necesarias para la puesta en operación del proyecto portuario, que básicamente comprende la construcción de un muelle destinado al manejo de carga. El plan de inversiones a ejecutarse sobre las zonas de uso público, es:

OBRAS DE MEJORAMIENTO Y CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE ZONA DE USO PÚBLICO		MESES																								
DESCRIPCION DE LAS OBRAS	COSTOS	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20	21	22	23	24	
HABILITACION DE ACCESOS A LA PLATAFORMA																										
Perifoneo de Talud	40.033,83																									
Enrocado de Base en Piedra																										
Relevo Material Seleccionado																										
CIMENTACION																										
Movilización de equipos	61.470,31																									
ELEMENTOS DE ATRAQUE Y AMARRE PRIMERA FASE																										
Pilotaje	37.485,24																									
Construcción de dos pilas de atraque																										
Bitas suministro e instalación	923,66																									
Defensas Suministro e instalación	3.389,85																									
ELEMENTOS DE ATRAQUE Y AMARRE SEGUNDA FASE																										
Pilotaje	37.485,24																									
Construcción de dos pilas de atraque	4.643,47																									
Bitas suministro e instalación	18.275,71																									
Defensas Suministro e instalación	60.280,36																									
PLATAFORMA EN CONCRETO																										
Pilotaje para el Muelle	217.235,37																									
Concreto para las vigas	284.133,83																									
Concreto para la placa Juntas	185.777,45																									
Juntas	157.926,43																									
Núcleo in situ																										
DRAGADO ZONA DE MANIOBRA																										
Dragado Zona Sur	45.100,13																									
SEÑALIZACION NAUTICA																										
Instalación del Sistema de Fondo 4m	6.927,08																									
Suministro e instalación del Sistema Luminico	3.131,93																									
Suministro e instalación del Cuerpo de Flotacion (Boyas)	5.863,11																									
SEGURIDAD PARA LA OPERACION PORTUARIA																										
Señalización en Berla	1.133,02																									
Manejo de residuos acerosos	5.189,17																									
Equipos de comunicación	1.744,05																									
COSTO DIRECTO DE APLICACIÓN	1.091.098,03																									
A.I.U.	163.664,70																									
IVA	5.237,27																									
COSTO TOTAL	1.260.000,00																									

Handwritten signature/initials

Handwritten signature/initials

Handwritten signature/initials

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

PARAGRAFO PRIMERO. El monto total de inversiones que se compromete a ejecutar la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. es de **UN MILLON DOSCIENTOS SESENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 1'260.000)** en un periodo de tres años, de los cuales ejecutará el primer año USD \$550.000; en el segundo año USD 390.000 y en el tercer año USD \$320.000. (...)

PARAGRAFO QUINTO. SUPERVISION Y CONTROL. Dado que la ejecución del plan de inversiones que se propone desarrollar, no tiene mayor nivel de complejidad, la supervisión y control de la ejecución de las inversiones propuestas por la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. PENSOPORT, estará a cargo de la Subgerencia de Gestión Contractual a través de un funcionario y/o contratista de su Grupo de Coordinación Portuaria o quien haga sus veces.

CLAUSULA OCTAVA. CLASE DE SERVICIO Y USUARIOS. La SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. prestará servicio al público en general.

CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO se obliga para con el INCO o quien haga sus veces a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial con las siguientes: (...) **16.13.** Suministrar a la Superintendencia de Puertos y Transporte y al Instituto Nacional de Concesiones INCO, o a quien haga sus veces, los informes o documentos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia y de supervisión y administración. (...) **16.33.** Realizar las inversiones objeto del Plan de Inversiones aprobado, el cual hace parte integral del presente contrato.

CLAUSULA DÉCIMA NOVENA: MULTAS Y SANCIONES. A El CONCESIONARIO, se le podrán imponer las siguientes multas, sin perjuicio de las sanciones establecidas en la Ley y que le corresponde aplicar a la Superintendencia de Puertos y Transporte o a quien haga sus veces: (...) **19.8.** Por no ejecutar el plan de inversión propuesto por el CONCESIONARIO dentro del cronograma y presupuesto aprobados, se podrán causar multas hasta por el 5% del valor de las inversiones que deje de ejecutar en el periodo pactado contractualmente. El incumplimiento reiterado podrá dar origen a la declaratoria de caducidad del contrato. (...) **PARAGRAFO SEGUNDO.** Para la imposición de las multas se seguirá el procedimiento establecido en el artículo 28 y siguientes del Capítulo VII del Código Contencioso Administrativo."

Que el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009 se encuentra amparado por la Garantía Única de Cumplimiento expedida por la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. según póliza No. 300020214.

Que mediante comunicación No. 2010-303-004018-1 del 30 de marzo de 2010 se requirió a SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. para que se enviara el informe con la relación del avance de las inversiones realizadas de conformidad con la cláusula séptima del contrato, informe que debía venir acompañado de los soportes correspondientes.

Que mediante comunicación No. 2010-409-008594-2 del 19 de abril de 2010 el supervisor del contrato presenta el informe trimestral de seguimiento al contrato de concesión portuaria No. 001 de 2009 de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. en el cual se indica que a esa fecha el concesionario no había presentado informes sobre las inversiones que se debían estar realizando a esa fecha.

Que mediante comunicación No. 2010-303-010459-1 del 4 de agosto de 2010, se requirió nuevamente a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A., para que allegara el cronograma de las obras a realizar de acuerdo con el plan de inversiones pactado en el contrato, y se reiteró la solicitud de información mensual sobre el avance de las inversiones junto con los soportes contractuales de las mismas.

Que los días 30, 31 de junio y 1 y 2 de julio de 2011 se realizó visita a los terminales marítimos de la guajira por parte de la supervisión técnica del contrato, quien mediante informe fechado el 7 de julio de 2011 y radicado No. 2011-409-019970-2 del 18 de julio de 2011 informa que en la inspección al terminal marítimo de SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A., se encuentra que el mismo está en operación plena pero que hay incumplimiento total del plan de inversiones e incumplimiento en el envío del informe mensual de avance de obras.

ML

A-1-7
PUE

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

Que mediante comunicación No. 2011-409-020163-2 del 19 de julio de 2011, el supervisor del contrato presenta informe en el cual indica que existe un posible incumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 001 de 2009 de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A., toda vez que las inversiones no avanzan.

Que mediante comunicación fechada el 6 de agosto de 2011 y radicada bajo el No. 2011-409-022489-2 del 9 de agosto de 2011 la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. presenta el inventario de bienes entregados en concesión e inventario de inversiones realizadas, suscrita por el representante legal y el revisor fiscal de la sociedad, en el cual reporta lo siguiente:

INVENTARIO DE BIENES ENTREGADOS EN CONCESION E INVENTARIO DE INVERSIONES REALIZADAS

No. CONTRATO DE CONCESIÓN	CONCEPTO	DETALLE POR ITEMS	COSTO HISTÓRICO	VALOR EN LIBROS	VALOR DEL BIEN ENTREGADO EN CONCESIÓN POR LA NACIÓN	VALOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA REALIZADA POR EL CONCESIONARIO	SOPORTES CONTABLES	FECHA DE LA INVERSIÓN	ESTADO ACTUAL EN EL QUE SE ENCUENTRA EL BIEN
001 DE 2009	1	MUELLE	70.000.000	70.000.000	70000000				1
001 DE 2009	2	ATRACADERO	10.500.000	10.500.000	10500000				2

Que teniendo en cuenta todo lo anterior, la supervisión técnica y jurídica del contrato reporta incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del concesionario, así:

- *Entre el 20 de noviembre de 2009 y el 19 de noviembre de 2010 (primer año del contrato), PENSOPORT debía haber realizado inversiones por un valor de US \$550.000. A la fecha no hay evidencia física ni documental del cumplimiento del compromiso de inversión específicamente contenido en el contrato.*
- *El 30 de marzo de 2010, mediante oficio No. 2010-303-0040181, el INCO le solicitó al concesionario que enviara, mensualmente, "un informe con la relación de avance de las inversiones pactadas en la Cláusula Séptima del contrato de concesión portuaria", informes mensuales que no han sido recibidos.*

Que en virtud de los anteriores antecedentes, la entidad dio inicio a un procedimiento administrativo por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales para la imposición de las sanciones a que hubiere lugar, de conformidad con lo establecido en Contrato de Concesión portuaria No. 001 de 2009 y siguiendo el procedimiento establecido en los artículos 28 y demás complementarios y concordantes del Código Contencioso Administrativo.

Que teniendo en cuenta lo anterior, se procedió a requerir a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. mediante comunicación No. 2011-303-010762-1 del 8 de agosto de 2011 y a la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. mediante comunicación No. 2011-303-010763-1 del 8 de agosto de 2011, para que en ejercicio de su derecho de defensa y con el fin de salvaguardar el debido proceso, presentaran sus descargos frente a los presuntos incumplimientos contractuales reportados en los informes de la supervisión del contrato; de los cuales se remitió copia con el requerimiento.

Que en el mismo requerimiento enviado al concesionario y a su garante se les citó a audiencia de descargos para el día 30 de agosto de 2011 a las 10:00 a.m. en las instalaciones del INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura, en la ciudad de Bogotá.

Que mediante comunicaciones No. 2011-303-011691-1 y No. 2011-303-011692-1 del 25 de agosto de 2011 remitidas a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. y a la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A., respectivamente, se informó sobre el cambio de la fecha de la celebración de la audiencia de descargos para el día 1 de septiembre de 2011 a las 10:00 a.m.

Que el día 1 de septiembre de de 2011 a las 10:00 a.m., se llevó a cabo la audiencia de descargos dentro del procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A., en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009 según consta en el Acta No. 1 de la misma fecha.

del

fm

A.T. H

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

Que a la citada audiencia no asistió ningún representante de la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. pese a verificarse el envío del requerimiento, así, como tampoco se recibió escrito de descargos en su calidad de garante del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009.

Que en la audiencia de descargos el Representante Legal de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. manifestó que solo hasta el día lunes 29 de agosto de 2011 recibió el requerimiento por los presuntos incumplimientos vía fax, informando sobre el cambio de la fecha de la audiencia; no obstante lo anterior manifestó su voluntad de efectuar una exposición frente a lo plasmado en el requerimiento y se comprometió a enviar el escrito de descargos dentro de los 10 días hábiles siguientes al recibido del mismo; presentando los siguientes argumentos de defensa:

1. Que en el contrato había un plan de inversiones que básicamente consiste en la construcción de un muelle, pero adicionalmente la sociedad portuaria, en virtud de los procesos adelantados con otras entidades estatales y municipales, ha hecho unas adecuaciones físicas en el terminal de acuerdo con los requerimientos de tales entidades, como por ejemplo la DIAN, la DIMAR, etc., que consistieron en la adecuación de oficinas y otras actividades para poner en marcha el puerto.
2. Que toda esta situación llevó a la sociedad portuaria a priorizar otras cuestiones relacionadas con los citados requerimientos de las otras autoridades, pero ello no implica que la sociedad haya paralizado la actividad y que debe tenerse en cuenta las dificultades para llegar al puerto, así como el componente social y cultural de la zona.
3. Que la sociedad portuaria va a hacer una propuesta para replantear el plan de inversión manteniendo el término inicialmente previsto para su ejecución, esto es dentro de los mismos tres años que estaba previsto el plan.
4. Que frente al incumplimiento en el envío de los informes mensuales referidos a los avances, que los mismos no han sido remitidos toda vez que los avances están referidos a las actividades de adecuación adelantadas por requerimientos de las demás entidades más no a la construcción del muelle que no se ha iniciado.
5. Que con la presentación de los descargos se enviarán todas las pruebas frente a la situación planteada para que la entidad tenga elementos de juicio para tomar la decisión correspondiente.

Que mediante documento radicado el día 15 de septiembre de 2011 bajo el No. 2011-409-026505-2 la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. presentó por escrito sus descargos como respuesta al requerimiento efectuado por los presuntos incumplimientos contractuales reportados, planteando en resumen lo siguiente:

1. Informa que han ocurrido hechos ajenos a su voluntad que le han impedido el cumplimiento de sus obligaciones, viéndose en la necesidad de posponer los compromisos adquiridos con la entidad. Igualmente indica que ha realizado obras complementarias exigidas por la DIAN, la Policía Nacional - Antinarcóticos, el INVIMA, el ICA y las Autoridades de Control Portuario. Afirma que la ejecución de dichas obras, que detalla en su escrito de descargos, se debió a exigencias de estas entidades de control "para la habilitación del puerto y con el propósito de no suspender las actividades del puerto y dejar de obtener los ingresos en que se basa PENSOPORT". Igualmente informa que se encuentra ejecutando el encerramiento perimetral de la zona cedida por el Resguardo Indígena donde se ubica el puerto, con un avance del 40%.
2. Acude al principio de la buena fe y al carácter consensual de los contratos, para solicitar la modificación del plan de inversiones. Indica que "los poderes de que goza la Administración, deben dirigirse a enderezar la conducta del contratista para que se cumpla el objeto del contrato correctamente y no se perjudique a los administrados con la paralización del servicio".
3. Sostiene que infortunadamente dio prioridad a otros asuntos y que la construcción del muelle se ha visto opacada por la situación económica, y que no cuenta con el flujo de dinero para realizar la inversión acordada dentro del plazo establecido en el plan de inversiones.
4. Manifiesta que ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones contractuales.

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

Que la entidad procedió a estudiar los argumentos planteados en la audiencia de descargos, en el documento de descargos presentado por la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENINSULA S.A., así como la totalidad de los documentos del expediente contractual.

Que mediante comunicación No. 2011-409-030703-2 del 26 de octubre de 2011 se emitió concepto jurídico frente a los argumentos de defensa presentados por la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENINSULA S.A. (referida en el escrito como PENSOPORT) dentro del procedimiento administrativo que nos ocupa, del se extracta lo siguiente:

" 2.1. Hechos ajenos a la voluntad del concesionario – órdenes de autoridad.

PENSOPORT inicia su defensa alegando hechos ajenos a su voluntad que le han impedido realizar las inversiones convenidas en el contrato de concesión. Si bien no indica con exactitud cuáles fueron esos hechos ajenos, de la totalidad del escrito se colige que el concesionario hace referencia a presuntas órdenes o exigencias que le hicieron diferentes autoridades, para la realización de las siguientes obras:

- Cafetería
- Alojamientos
- Cuarto de máquinas
- Oficinas
- Bodega

Según lo manifestó en sus descargos, fueron unas exigencias inmediatas para la habilitación del puerto y para no suspender las actividades del puerto. En su sentir, hubo unas órdenes dirigidas al concesionario para que acometiera inversiones diferentes a las que estaba obligado contractualmente, lo que derivó en un incumplimiento al contrato.

Sin embargo, la alegación de que tales circunstancias existieron, por sí sola, es insuficiente, toda vez que ella debe estar sustentada en un material probatorio que acredite no solamente la existencia de dichas órdenes que soporte su carácter fáctico, real, y no que se trata de asuntos ficticios o inciertos, sino además su carácter vinculante, urgente e inminente que le impidió la debida ejecución del contrato.

La anterior premisa cobra importancia por cuanto el concesionario no aportó ninguna prueba para sus afirmaciones, lo cual imposibilita tenerlas como ciertas. En estricto sentido legal, toda decisión que adopte la Administración debe estar debidamente motivada, y en el caso de actuaciones administrativas cuyo resultado involucre o pueda involucrar a terceros, significa el deber de tener en cuenta las pruebas e informes que estén a su disposición.

Al respecto indica el artículo 35 del Código Contencioso Administrativo lo siguiente:

"Adopción de decisiones. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión que será motivada al menos en forma sumaria si afecta a particulares" (subraya fuera del texto).

Así mismo, en lo que hace a los principios que deben orientar las actuaciones administrativas, dice el artículo 3º del mismo cuerpo normativo:

"Principios orientadores. Las actuaciones administrativas se desarrollarán con arreglo a los principios de economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción y, en general, conforme a las normas de esta parte primera.

(...)

En virtud del principio de celeridad, las autoridades tendrán el impulso oficioso de los procedimientos, suprimirán los trámites innecesarios, utilizarán formularios para actuaciones en serie cuando la naturaleza de ellas lo haga posible y sin que ello revele a las autoridades de la obligación de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados" (subraya fuera del texto).

me

RM

AT

me

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

La decisión de la Administración, entonces, debe ser siempre motivada, y debe responder a unos supuestos de hecho y de derecho que la preceden. Debe tener de presente los argumentos que hubiere presentado el interesado o afectado, pero así mismo debe fundamentarse en las pruebas que se encuentren a su disposición, pues sólo ellas, cuando fueren debidamente practicadas y allegadas, dan cuenta de las circunstancias de hecho que con ellas se pretende acreditar. Sobre el asunto, el Consejo de Estado ha entendido que la motivación de los Actos debe tener presente todos los aspectos puestos a su disposición y consideración; debe en ella señalar los motivos de hecho y de derecho que fundamentan la decisión. En efecto, en Sentencia del 24 de junio de 2004, expediente 15705 con Ponencia del Doctor Ricardo Hoyos Duque, el Alto Tribunal expresó lo siguiente:

"2.2 La motivación del acto administrativo se considera como "la exposición de los motivos que indujeron a la Administración Pública a su emisión", la cual reviste especial importancia al momento de realizar el análisis de legalidad por ser un "medio técnico de control de la causa del acto". Por tal razón, se considera que no es "un simple requisito meramente formal, sino de fondo (más técnicamente: la motivación es interna corporis, no externa; hace referencia a la perfección del acto más que a formas exteriores del acto mismo). Quiere decirse que la motivación no se cumple con cualquier fórmula convencional: por el contrario, la motivación ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión."

El acto de la administración obedece a unas circunstancias fácticas y legales anteriores a su expedición, las cuales deben ser expresadas en el cuerpo de la decisión, salvo excepción legal, con el objeto de que los afectados con el acto conozcan las razones que influyeron para su expedición, ya que "la administración no puede actuar caprichosamente, sino que por el contrario, debe hacerlo respondiendo a las circunstancias de hecho y derecho que en cada caso correspondan."

El Código Contencioso Administrativo establece la obligación de motivar, en forma sumaria, las decisiones de la administración, a pesar de lo cual hay que entender que la motivación debe incluir la totalidad de los aspectos en los cuales es necesario tener en cuenta, como reiteradamente lo ha indicado la doctrina y la jurisprudencia, que la motivación no se cumple con cualquier fórmula de carácter general, llamadas comodín o passe-partout, sino que ella ha de ser suficiente, esto es ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico que ha determinado la decisión, en cada caso concreto.

Tanto la jurisprudencia como la doctrina afirman, cuando se trata de actos de carácter particular y concreto, que la administración debe señalar en la decisión cuales fueron los motivos de hecho y derecho que dieron lugar a la expedición del acto administrativo, con el fin de permitir a los implicados en la decisión ejercer su derecho de audiencia y defensa y, además, controvertir y controlar el ejercicio de la función administrativa" (subrayas fuera del texto).

La prueba, entonces, es una base esencial sobre la cual la Administración debe apoyarse para motivar sus decisiones, pues no de otra forma puede tener certeza que los sustentos de hecho argumentados por el interesado en la decisión, son ciertos, o se presentaron, o sucedieron, o en fin, son reales.

En el caso bajo análisis, el Instituto adelantó unas diligencias de inspección de las instalaciones de PENSOPORT, verificó el estado de avance de las obras e inversiones que se previeron dentro del contrato de concesión, y con base en los reportes de supervisión que resultaron de tales diligencias, requirió al concesionario para que se pronunciara y aportara todas aquellas pruebas que considerara necesarias y pertinentes. De ello dan cuenta los informes de supervisión que se le dieron a conocer al concesionario.

Como está visto en el expediente del procedimiento administrativo adelantado, PENSOPORT no aportó prueba alguna que acreditara alguna cualquiera de sus aseveraciones, sobre las cuales apoya, ni más ni menos, su defensa frente al cargo de incumplimiento que le reprochó el INCO. Es decir, el concesionario ejerció su derecho

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

de defensa en la oportunidad debida, asistió a la audiencia y aportó un escrito de descargos, pero no soportó ninguna de sus afirmaciones, limitándose en su escrito a apelar al principio de la buena fe y a solicitar una modificación en el plan de inversiones.

Teniendo esto en cuenta, se cuestiona: ¿Cómo puede la Entidad dar por cierto que hubo unas órdenes de diferentes Autoridades? ¿Cómo puede la Entidad corroborar que esas órdenes estuvieron encaminadas a que PENSOPORT realizara obras diferentes a las que estaba obligado? ¿Con qué herramientas cuenta el INCO para comprobar que el concesionario carece de un flujo de caja que le permita acometer las inversiones? ¿Cómo saber, a ciencia cierta, cuáles fueron los motivos de esa carencia de caja, en caso tal que sí exista? En fin, ¿puede el INCO tener por cierta alguna cualquiera de las afirmaciones fácticas en que PENSOPORT soporta su defensa? Esta última pregunta, sin duda alguna, debe ser respondida negativamente.

Por tanto, se concluye que el concesionario no probó ni acreditó ninguna de sus afirmaciones que sustentan su defensa y mucho menos probó que haya cumplido con la ejecución del plan de inversiones en los términos y condiciones establecidos en el Contrato, y en tal sentido, se considera que el INCO carece de soporte fáctico y/o jurídico que le permita variar su opinión en torno al estado de incumplimiento en que se encuentra el concesionario, estado éste que dicho sea de paso, no tiene justificación que lo exima de responsabilidad, ni tampoco probó que hubiere cumplido sus obligaciones, asunto que está por demás descartado con la sola afirmación del concesionario en su escrito de descargos, al manifestar que por circunstancias ajenas a su voluntad (las cuales, se insiste, no probó), "se ha visto en la imperiosa necesidad de posponer los compromisos adquiridos con el INCO".

Adicionalmente, en oficio radicado por el concesionario en el INCO bajo el número 2011-409-022487-2 del 9 de agosto de 2011, suscrito por el Gerente de PENSOPORT, Marcos Ibarra Rodríguez, el mismo concesionario dejó consignado en el cuadro titulado "INVENTARIO DE BIENES ENTREGADOS EN CONCESIÓN E INVENTARIO DE INVERSIONES REALIZADAS", que no había realizada para esa fecha ninguna inversión.

3. Comentarios frente a la buena fe invocada por PENSOPORT.

El concesionario pide al INCO modificar el contrato, y apela al principio de la buena fe como sustento jurídico para un eventual cambio en las condiciones fijadas para el cumplimiento del plan de inversiones previsto.

Sobre este tema es oportuno tener presente que todo contrato se celebra con una finalidad, una necesidad, o un objetivo particular, que las partes desean satisfacer. Por ello entran en él de forma libre y espontánea, y como bien lo ordena nuestro ordenamiento jurídico, debe ejecutarse de buena fe. Este principio, previsto en el artículo 1603 del Código Civil y que permea todo nuestro ordenamiento jurídico, que como bien lo afirma PENSOPORT, obliga a las partes, y es el que ordena que todas las actuaciones que se realicen en desarrollo de un contrato reflejen lealtad, fidelidad y honradez de cada una de las partes. Aterrizando este principio al ámbito contractual administrativo, ha dicho el Consejo de Estado que en el ámbito de la contratación, la buena fe:

*"(...) se traduce en la obligación de **rectitud y honradez** recíproca que deben observar las partes en la celebración, interpretación y ejecución de negocios jurídicos, esto es, **el cumplimiento de los deberes de fidelidad, lealtad y corrección** tanto en los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción o formación del contrato, como durante el transcurso y terminación del vínculo jurídico contractual ya establecido.*

En efecto, en el derecho privado el artículo 1603 del Código Civil establece que los contratos deben celebrarse de buena fe; y los artículos 835, 863 y 871 del Código de Comercio señalan que se presumirá la buena fe, que las partes deben proceder en la etapa precontractual de buena fe exenta de culpa -calificada- so pena de indemnizar perjuicios, y que los contratos deben celebrarse y ejecutarse de buena fe, respectivamente.

W.S.

W.S.

W.S.

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

En el derecho público, la Corte Constitucional destacó la importancia de la aplicación de la buena fe en los siguientes términos:

*"La circunstancia de que el principio de la buena fe tenga un claro fundamento constitucional, es de gran trascendencia en el área del derecho público (...) **permite su aplicación directa y no subsidiaria en el espectro de las actuaciones administrativas** y, del otro, por cuanto contribuye a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados."*

Así, en materia de contratación pública, la buena fe es considerada como un modelo o criterio de actitud y conducta, que debe preceder al contrato, permanecer durante su ejecución y perdurar luego de su cumplimiento. La Ley 80 de 1993, incorpora este principio general en el numeral segundo del artículo 5 por cuya inteligencia los contratistas deberán obrar con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse; en el artículo 23 cuando dispone que las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal estarán regidas por los principios generales de la contratación, dentro de los que está el de la buena fe (...). (Sección Tercera, Expedientes 24715; 25206; 25409; 24524; 27834; 25410; 26105; 28244; 31447 – Acumulados –, del 3 de diciembre de 2007, C.P. Ruth Stella Correa Palacio) (Negrilla fuera del texto).

Lo que nos dice este principio es que, en últimas, todo contrato se celebra para cumplirse. El principio de la buena fe en materia contractual no es óbice para dejar de hacer lo que se debe, o dar lo que se debe. Obliga al concesionario, como quedó visto, a evitar dilaciones y entramientos que puedan presentarse durante la ejecución del contrato administrativo. PENSOPORT tenía que demostrar que obró con diligencia, que sus actuaciones estaban encaminadas a cumplir lo convenido, que hizo, en últimas, su mejor esfuerzo; debía probar que ello le fue imposible debido a las alegadas órdenes de las Autoridades. Sin embargo, tan sólo acudió al principio de la buena fe en sus descargos para intentar convencer a la Entidad de la certeza o veracidad de sus alegaciones.

Pero es que este principio no obliga en este tipo de situaciones a creer o tener como cierto todo lo que se diga. En este ámbito de un procedimiento administrativo sancionatorio la prueba es una necesidad, y retomando los argumentos ya expuestos en relación con este tema probatorio, en nuestro ordenamiento sólo los hechos legalmente presumidos se tienen como ciertos ab initio, siempre que los hechos en que se funden se encuentren **debidamente probados**, no obstante admiten prueba en contrario (artículo 176 del CPC); de otra parte, ni los hechos notorios ni las afirmaciones o negaciones indefinidas requieren prueba (artículo 177 del CPC); y PENSOPORT no apoya su argumentación en hechos legalmente presumidos que permitan al INCO entrar a mirarlos como ciertos.

La buena fe, se concluye, no es criterio jurídico que dé por sí mismo calidad de cierta a cualquier afirmación que se haga en cualquier contexto. Este principio, de hecho, obliga más a que PENSOPORT encamine siempre su actuar hacia el cumplimiento de sus obligaciones. Pero si aparecen situaciones ajenas y éstas le impiden definitivamente cumplir, debe probarlo."

(...)

Finalmente, es importante considerar que el incumplimiento del contrato, a la fecha de los informes de la supervisión, ha sido del 100% de las obligaciones relativas a la ejecución del plan de inversiones. Claro está, el concesionario ha venido pagando la contraprestación, pero no debe olvidarse que la finalidad esencial perseguida con los contratos de concesión portuaria es la prestación de servicios portuarios en condiciones continuas y eficientes, y para que tal fin se dé, en el caso particular de PENSOPORT, se convino la realización de unas inversiones para la configuración de un puerto que cumpla la finalidad mencionada.

MSA

RAM

AP
A.T
2011

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

En consecuencia, es claro que de no llevarse a cabo el plan de inversiones, se está impidiendo que se respete la finalidad del contrato, e inclusive, es dable afirmar que se le estaría privando de uno de sus elementos esenciales, pues sin inversiones, no habría prestación de servicios en la forma prevista en el contrato. Por tal motivo, se considera que una inejecución actual del 100% del plan de inversiones configura un incumplimiento grave al contrato, que de no ser corregido pronto por el concesionario, estaría configurándose una clara motivación para declarar la caducidad del contrato, pues se estaría poniendo en grave riesgo la prestación del servicio portuario.

Que una vez estudiados los antecedentes del contrato de concesión No. 001 de 2009, los descargos presentados dentro del procedimiento administrativo y los informes y conceptos emitidos por los supervisores técnico y jurídico del contrato se puede concluir lo siguiente:

1. No existe prueba dentro de los antecedentes contractuales ni tampoco dentro del presente procedimiento administrativo que indique que la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. ha cumplido con sus obligaciones relacionadas con la debida ejecución del plan de inversiones establecido en la cláusula séptima del contrato de concesión portuaria No. 001 de 2001 y como consecuencia de lo anterior ha incumplido también con su obligación en el envío de los informes de ejecución del mismo.
2. En lo que refiere a las órdenes de las autoridades de control, es preciso señalar que tales autoridades cuentan con las potestades de imponer sus decisiones en virtud del poder de policía administrativa que las habilita para exigir, por ejemplo, medidas de seguridad y salubridad – que están generalmente previstas en las normas legales y reglamentarias -, medidas que, por ende, deben darse por descontadas en el momento de la celebración del contrato, y no pueden por tanto alegarse como causas extrañas que justifiquen el incumplimiento de su obligación de ejecución del plan de inversiones
3. No se encuentra probada la existencia de alguna justificación que exima la responsabilidad de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. frente al evidente incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la debida ejecución del plan de inversiones.
4. La inejecución actual del 100% del plan de inversiones configura un incumplimiento grave al contrato, que de no ser corregido pronto por el concesionario, estaría configurándose una clara motivación para declarar la caducidad del contrato, pues se estaría poniendo en grave riesgo la prestación del servicio portuario.
5. Es absolutamente claro para el Instituto Nacional de Concesiones – INCO, hoy Agencia Nacional de Infraestructura que la obligación de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. es ejecutar el contrato en los términos, plazos y condiciones que fueron pactados en el Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, salvo los imprevistos o circunstancias que resulten totalmente inevitables o irresistibles.
6. Ante el incumplimiento en la obligación contractual por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. se hace imperioso conminar al concesionario mediante la imposición de una multa, para que cumpla con las obligaciones que no han sido ejecutadas acorde con las estipulaciones contractuales, con el fin de lograr la finalidad perseguida con el contrato que no es otra que la prestación de servicios portuarios en condiciones continuas y eficientes.

Que en virtud de lo anterior, de conformidad con los documentos y antecedentes del expediente contractual y acogiendo los conceptos y recomendaciones de la supervisión técnica y jurídica del Contrato de Concesión Portuaria 001 de 2009, se procederá a imponer a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. las sanciones contractuales previstas en la cláusula DÉCIMA NOVENA.- "MULTAS Y SANCIONES", Numeral 19.8 "Por no ejecutar el plan de inversión propuesto por el CONCESIONARIO dentro del cronograma propuesto y aprobado...", por concepto de incumplimiento grave e injustificado en la ejecución de sus obligaciones contractuales consistentes

VSA

A.T. H

RUC

mel

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

en la debida y oportuna ejecución del plan de inversiones, conforme lo establecido en las Cláusulas Séptima y Décima Sexta, numeral 16.33 del contrato.

Que teniendo en cuenta que el incumplimiento del plan de inversiones para el primer año, esto es, para el período comprendido entre el 20 de noviembre de 2009 y el 19 de noviembre de 2010 es del 100% del valor pactado; es decir QUINIENTOS CINCUENTA MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$550.000), se impondrá una multa por el CINCO POR CIENTO (5%) del citado valor.

Que lo anterior no exime a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. de su obligación de cumplir con la ejecución del plan de inversiones en los términos y condiciones previstas en la cláusula séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, es decir, de cumplir con las actividades, los valores y el tiempo allí establecidos, así como la obligación de remitir los informes mensuales sobre el avance de las inversiones, junto con los soportes correspondientes.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Declarar que la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A., en ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, ha incurrido en incumplimiento total de su obligación contractual relacionada con el plan de inversiones establecido para el primer año, según lo expuesto en la parte motiva de esta Resolución.

ARTICULO SEGUNDO. Como consecuencia de lo anterior, **imponer** a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENINSULA S.A. una multa equivalente al CINCO POR CIENTO (5%) del valor de las inversiones dejadas de ejecutar en el primer año que corresponde a la suma de QUINIENTOS CINCUENTA MIL DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA; por lo cual el valor de la multa asciende a la suma de VEINTISIETE MIL QUINIENTOS DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$27.500).

ARTÍCULO TERCERO. Declarar ocurrido el siniestro de cumplimiento amparado por la Garantía Única de Cumplimiento expedida por la compañía aseguradora SEGUROS CONDOR S.A. según póliza No. 300020214.

PARÁGRAFO. La suma que se impone a título de multa podrá ser descontada de los montos que se adeuden al concesionario o hacerse efectiva con cargo a la garantía única de cumplimiento de las obligaciones del contrato y, si esto no fuere posible, a través de la jurisdicción coactiva.

ARTICULO CUARTO. Conminar a la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. a cumplir con la ejecución del plan de inversiones en los términos y condiciones previstas en la cláusula séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, es decir, a cumplir con las actividades, los valores y el tiempo allí establecidos, y a remitir los informes mensuales sobre el avance de las inversiones junto con los soportes correspondientes.

ARTÍCULO QUINTO.- Notificar personalmente el contenido de la presente Resolución al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA S.A. y al representante legal de la compañía Aseguradora SEGUROS CONDOR S.A.

"Por la cual se declara un incumplimiento parcial y se impone una multa"

ARTÍCULO SEXTO. 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 Buenaventura.

ARTICULO SÉPTIMO: Contra el presente acto procede el recurso de reposición el cual podrá interponerse dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes su la notificación.

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C.

25 NOV 2011


SILVIA URBINA RESTREPO
Subgerente de Gestión Contractual

Proyectó: Marcela Urquijo - Asesora Jurídica GITP
Revisó: Alejandro Tenorio - Asesor Técnico GITP *A.T.*
Revisó: María Catalina Laverde - Asesora Jurídica GITP *Mel*
Revisó: Fernando Hoyos - Asesor Técnico GITP
Vo.Bo: Martha Calderón - Coordinadora Grupo Interno de Trabajo Jurídico *MEL*