

REPÚBLICA DE COLOMBIA



MINISTERIO DE TRANSPORTE
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 095 DEL 2012

(13 FEB 2012)

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

LA SUBGERENTE DE GESTION CONTRACTUAL

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 los artículos 24 y 25 del Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, y

CONSIDERANDO:

Que mediante Resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011 la Agencia Nacional de Infraestructura, previo el procedimiento administrativo pertinente, declaró un incumplimiento parcial e impuso una multa a la Sociedad Portuaria de la Península S.A. - PENSOPORT, en ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 del 19 de noviembre de 2009, cuya parte resolutive dispuso lo siguiente:

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 PENÍNSULA 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

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

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.*

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.*

ARTÍCULO 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."*

Que la Resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011 fue notificada en forma personal al Representante Legal de la sociedad concesionaria y al Apoderado de la Compañía Aseguradora SEGUROS CONDOR S.A., en audiencia llevada a cabo el día 6 de diciembre de 2011 en las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que la Sociedad Portuaria de la Península S.A. - PENSOPORT interpone recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011 mediante comunicación fechada el 14 de diciembre de 2011 pero recibida vía fax el 11 de diciembre de 2011 y radicada bajo el No. 2011-409-036117-2 del 19 de diciembre de 2011, el cual se procede a analizar en cada uno de sus argumentos, de conformidad con los documentos contractuales, las actuaciones surtidas dentro del procedimiento administrativo que nos ocupa y los pronunciamientos técnico y jurídico efectuados para este efecto.

ANÁLISIS Y CONSIDERACIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

1. PROCEDENCIA DEL RECURSO

El artículo 50 del Código Contencioso Administrativo establece que contra los actos administrativos que pongan fin a las actuaciones administrativas procederán los siguientes recursos:

"1. El de reposición, ante el mismo funcionario que tomó la decisión, para que la aclare, modifique o revoque. (...)

De este recurso se podrá hacer uso dentro de los cinco (5) días siguientes a la notificación de la decisión. (...)"

Ahora bien, el artículo el artículo 77 de la Ley 80 de 1993 al regular lo relacionado con la normatividad aplicable en las actuaciones administrativas dentro de la actividad contractual establece que: *"Los actos administrativos que se produzcan con motivo u ocasión de la actividad contractual sólo serán susceptibles de recurso de reposición y del ejercicio de la acción contractual, de acuerdo con las reglas del Código Contencioso Administrativo."*

Así las cosas, teniendo en cuenta que la notificación personal de la resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011 se surtió el día 6 de diciembre de 2011 y que el recurso fue interpuesto el día 11 de diciembre de 2011 según comunicación remitida vía fax y suscrita por el representante legal de la Sociedad Portuaria de la Península S.A., esto es que fue presentada dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la notificación del acto, por lo cual el recurso interpuesto resulta procedente.

2. ARGUMENTOS DEL RECURSO

El recurso de reposición que nos ocupa en esta oportunidad está encaminado a que se revoque la decisión contenida en la Resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011, en los siguientes términos:

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

"...FUNDAMENTOS

Como Representante Legal de PENSOPORT SA., argumento lo siguiente a los hechos narrados con anterioridad y especialmente la expedición de la resolución 545 del 25 de noviembre de 2011, en el sentido de indicar que:

PRIMERO. De acuerdo con lo que manifiesta la Agencia Nacional de Infraestructura en la Resolución 545 del 25 de noviembre de 2011, reitero lo dicho en los descargos: "la Sociedad Portuaria PENSOPORT S.A ha realizado esfuerzos ingentes, con el fin de jnielar el Plan de Inversiones acordada con el Instituto Nacional de Concesiones, y debido a circunstancias ajenas a su voluntad que le han impedida el cumplimiento oportuno de sus obligaciones contractuales, se ha visto en la imperiosa necesidad de posponer los compromisos adquiridas can el INCO y realizar los exigidos por otras autoridades"

En cuanto a lo manifestado sobre la no existencia de prueba sobre el cumplimiento del Plan de Inversiones, por parte de PENSOPORT S.A., es porque evidentemente no lo ha hecho, debido a que como se explicó en el documento de descargos, han ocurrido hechos que han impedido que PENSOPORT SA. haya cumplido, razón por la que se solicitó evidentemente modificar el Plan de Inversiones con el fin de poder cumplir a cabalidad, solicitud que no fue aceptada por la Agencia Nacional de Infraestructura, argumentando que no se presentaron pruebas que concluyan que hubo inversiones en otras actividades. Cuáles hechos? Pues la inversión inicial la prioridad realizada a las otras autoridades de control, Por tal razón, anexo al presente el registro fotográfico que dan fe de las inversiones realizadas y que fueron objeto de duda por pare de la entidad que usted representa.

Las pruebas de los trabajos realizados por orden de otras entidades no fueron presentadas en el oficio de descargos por considerar que bastaba con la afirmación del suscrito como Representante Legal y con las visitas realizadas par los de los Supervisores del INCO quienes han conocido de primera mano, las obras que se han adelantado por orden de otras autoridades, lo cual se hizo con el fin de no perder la Licencia de Habilitación del Puerto. Sin embargo, si resulta dudoso como aparece de la lectura del primer numeral, se solicita realizar una visita a las dependencias de la sociedad para que confronten los registros contables y facturas que existen en los archivos, que debido a la gran cantidad de folios no se anexan, obras realizadas en el desarrollo de las exigencias y para el cumplimiento con las demás autoridades de control.

De otra parte, es evidente que la no presentación de los informes mensuales es consecuencia de la no ejecución del Plan de Inversiones. Por tal razón, qué se puede enviar como informe si no se ha podido ejecutar el Plan de Inversiones? Esa es la razón principal de la no remisión de los informes y por tal razón se suplicó al INCO en su oportunidad que aprobara un nuevo Plan de Inversiones, solicitud a la que no accedió por no haber presentado unos registros y unas facturas que en última instancia no superan el dicho del suscrito quien prácticamente ha confesado que no ha iniciado el Plan de Inversiones y por consiguiente no ha enviado los informes mensuales por haber dado prioridad a otras autoridades de control.

Sin embargo, se anexa lo solicitado por la Agenda Nacional de Infraestructura para que lo tenga en cuenta al decidir el presente recurso y acceder de esa forma a la modificación del Plan de Inversiones, tal como se ha pedido insistentemente con el fin de no incumplir el contrato de concesión.

SEGUNDO. Respecto a este punto, el hecho que las autoridades de control, cuenten con las potestades de imponer sus decisiones en virtud del poder de policía administrativa que las habilita para exigir, según lo manifestado en la resolución que se impugna, es preciso insistir también, que la actuación de PENSOPORT SA. se limitó inicialmente a cumplir con la adecuación de las instalaciones necesarias para que el puerto pudiera seguir adelantando sus actividades, lo que hizo reitero, fue dar prioridad a unas entidades, para después iniciar el Plan de Inversiones con el INCO (actualmente Agenda Nacional de Infraestructura).

Es claro que las autoridades como la DIAN (a quien entre otros, le corresponde además el control y vigilancia sobre el cumplimiento del régimen cambiario en materia de importación y exportación de bienes y servicios, gastos asociados a las mismas, financiación en moneda extranjera de importaciones y exportaciones, y su facturación y sobrefacturación de estas

PL

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

operaciones), el INVIMA (le corresponde entre otros, la competencia exclusiva de la inspección, vigilancia, y control en la inocuidad en la exportación e importación de alimentos y materias primas para la producción de los mismos, en aeropuertos, puertos y pasos fronterizos), la Policía Nacional (le corresponde entre otros, disponer, de acuerdo con los indicios graves, que posea, proveniente de los organismos de inteligencia, sobre actividades de personas, aeronaves, muelles o terminales marítimos, fluviales o terrestres, vinculados al tráfico de estupefacientes, la suspensión de las licencias para el personal aeronáutico, marítimo, fluvial y terrestre, certificados y permisos de operación. Para tal efecto, impartirá a las autoridades correspondientes a que haya lugar), son entidades de control y vigilancia que propenden por el cumplimiento de sus regímenes y pueden exigir el cumplimiento de ciertas medidas para lograr el resultado esperado, so pena de suspender la licencia de habilitación, en el proceso de inspección, control y vigilancia.

La anterior, fue la principal razón para que PENSOPORT S.L.A (sic) diera prioridad a sus observaciones, en el inicio del puerto como tal.

TERCERO. Respecto a que no existe justificación sobre el incumplimiento del Plan de Inversiones, reitero lo manifestado en el oficio de descargos ~debido a circunstancias ajenas a su voluntad que le han impedido el cumplimiento oportuno de sus obligaciones contractuales, se ha visto en la imperiosa necesidad de posponer los compromisos adquiridos con el INCO y realizar los exigidos por otras autoridades". La anterior, es la razón por la que se solicitó modificar el Plan de Inversiones, de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Concesión en donde se dispone:

"PARAGRAFO SEGUNDO. En el evento que la SOCIEDAD PORTUARIA DE LA PENÍNSULA SA, solicite modificación del plan de inversiones aprobado en este contrato deberá garantizar que el VP Valor Presente de las inversiones sea igual al registrado en el modelo financiero que dio origen a la contraprestación, descontado al 12% anual Para este efecto, el VP., de las inversiones es de UN MILLON VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS CUARENTA Y SEIS DOLARES CON SETENTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$1.029.746.72)". (Subrayado por fuera de texto).

"PARAGRAFO TERCERO. Las inversiones que ejecutará el CONCESIONARIO están sujetas a las siguientes regías: Q Prioridad de inversiones: Las inversiones se encuentran priorizadas de acuerdo con el Plan de Inversiones. No obstante, las Partes podrán modificar la prioridad de las inversiones, con base en las necesidades concretas de expansión de la capacidad del terminal frente al incremento esperado del tráfico de carga y a la necesidad de mantener estándares internacionales de eficiencia de la operación" (Subrayado por fuera de texto)

Por tal razón, reitero la solicitud planteada inicialmente, sirviendo como base nuevamente esta oportunidad que me brinda la Ley para solicitar se autorice la modificación del Plan de Inversiones, tal como queda planteada en el Anexo del presente documento. La anterior petición, la propongo de acuerdo con lo establecido en el contrato de concesión, con todo el ánimo de cumplir y con el fin de evitar por todos los medios y por todas las circunstancias que exista un incumplimiento que afecte a la empresa y conllevaría a unas consecuencias jurídicas que perjudicarían enormemente a la misma desde el punto de vista económico y legal.

CUARTO. Sobre el hecho que se generaría como consecuencia de los reiterados incumplimientos, anticipados por esa entidad, es decir, la caducidad del contrato de concesión, es oportuno y conveniente precisar que como Representante Legal de la empresa conozco los requisitos (los cuales no se cumplen) y las consecuencias de una declaratoria de caducidad, por lo que le estoy suplicando esta vez, y nuevamente a través de esta oportunidad procesal y legal, se me permita modificar el Plan de Inversiones tal como se establece en el documento anexo con el fin de cumplir a cabalidad con el objeto del contrato y no se perjudique a los administrados con la paralización del servido ni a la empresa como tal.

Debe tenerse presente que la caducidad del contrato es uno de los temas más controvertidos dentro de los aspectos sustanciales que regulan la contratación de la Administración, no sólo por considerarse la máxima expresión de Superioridad del Estado frente al particular sino porque además, hay aspectos del tratamiento administrativo a que se somete dicha facultad que no estén definidos plenamente, de tal suerte que con la declaratoria de caducidad pueden cometerse abusos con el consiguiente perjuicio al concesionario.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

Ahora bien, el tema principal que nos aqueja es la imposición de la multa como una forma de "conminar" al contratista a cumplir con sus obligaciones, la cual procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Pero es que la obligación va a estar pendiente porque PENSOPORT SA. no ha podido iniciar el Plan de Inversiones, entonces siempre va a estar retrasada la obligación, si esa entidad no accede a modificar el Plan de Inversiones, de acuerdo con lo establecido en el contrato. Y por esta razón no solamente impondrá una multa sino que como consecuencia, sobrevendría una causal para declarar la caducidad del contrato, cuyos requisitos advierto, no se cumplen.

A esta situación es la que no podemos llegar, toda vez que se solicita encarecidamente se acceda a la modificación del Plan de Inversiones tal como aparece en el documento que se anexa, con el fin de que la sociedad cumpla a cabalidad, y no se llegue a la situación que hoy nos ocupa de imponer una multa cuando de antemano es conocido que el concesionario va a estar en un incumplimiento permanente, porque no puede entregar los informes mensuales sencillamente porque no ha iniciado el Plan de Inversiones pactado con esa entidad, Por lo anterior, solicito se abstenga de continuar con el procedimiento administrativo iniciado de imposición de la multa ya que con la modificación del Plan de Inversiones, que reitero está pactado en el contrato, se puede continuar con la ejecución del contrato y cumplir con los fines del mismo. Además, la entidad ni el concesionario estarían incurriendo en competencias extralegales, ya que se encuentran ampliamente facultados de acuerdo con la voluntad de las partes, para modificar el contrato, ya que la Administración Pública tiene la potestad para ejercer los poderes de actuación que le atribuye el derecho positivo y que conllevan a crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas.

Ahora bien, una cosa trae como consecuencia la otra, si se acepta la posibilidad de modificar el Plan de Inversiones tal como lo establece y autoriza el contrato de concesión, PENSOPORT SA. puede cumplir con las obligaciones pactadas, y no nos veremos en la penosa condición de estar multados a pesar de haber solicitado a la entidad contratante que acceda a modificar el Contrato, a pesar de estar plenamente autorizados en el mismo para realizar la modificación pedida.

Si se accede a modificar el Plan de Inversiones PENSOPORT SA. puede continuar cumpliendo de tal forma a cabalidad con las obligaciones pactadas, si esto llegara a ser así, no habría la necesidad de evocar la Superioridad de la entidad para imponer una multa y mucho menos una caducidad, sino que se cumpliría con los fines de la contratación

QUINTO. La sociedad PENSOPORT SA., ha cumplido oportunamente con la contraprestación a que se obligó, eso es prueba de que la intención de la misma, siempre ha sido la de desempañarse en el ámbito contractual como un cumplidor de sus deberes. El hecho que nos ocupa es que el Plan de Inversiones debe modificarse para cumplir a cabalidad con lo acordado sin tener que acudir a mecanismos que inciten al concesionario a cumplir porque actualmente si o se modifica el Plan de Inversiones, siempre estaría incurrido en incumplimientos. Por lo que fe solicito y reitero comedidamente que se acceda a esta petición y nivelar de esta forma, las obligaciones que se han dejado de realizar para no hacer más gravosa la situación por la que atraviesa la sociedad que represento.

SEXTO. Debo manifestar mi descontento con la multa impuesta a PENSOPORT SA., ya que esa situación desmotiva la inversión toda vez que insisto, hemos pagado la contraprestación a que nos comprometimos y por tal razón cumplir con una de las obligaciones, entre otras, pero la parte correspondiente al Plan de Inversiones, no fue posible por no contar en el momento con el dinero suficiente para hacer todas las inversiones a las que nos hablamos comprometido, por dar prioridad a otras inversiones tal como queda demostrado en los documentos anexos, lo que en últimas es una circunstancia imprevista que afectó el cumplimiento de la obligación de tal manera que en el momento resulta oneroso cumplir sin una modificación del contrato.

Al respecto, es oportuno traer a colación lo establecido en el artículo 3o. de la Ley 80 de 1993, DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL.

"(...)Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicas y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichas fines".

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

Este acontecimiento, es decir, las circunstancias por las que atraviesa PENSOPORT SA. fue comunicado debido a la gravedad que reviste, al señor Presidente Juan Manuel Santos, en la audiencia para la Prosperidad No. 054 realizada en el municipio de Uribia, Departamento de la Guajira, el pasado 12 de noviembre, quien le consultó a usted y manifestó que se estudiarla el tema planteado. Pues le recuerdo, que esta es la situación por la que atraviesa la sociedad y que debemos acordar una solución con el fin de continuar prestando el servicio público, que no se ha paralizado en ningún momento, tal como a ustedes les consta.

Por tanto, se reitera lo dicho anteriormente, es de resaltar que la finalidad PENSOPORT S.A. ha sido y es cumplir con la normatividad vigente y acogerse a ellas, toda vez que somos una solución al desarrollo de nuestra comunidad indígena, a pesar de las condiciones desfavorables de las vías (situación de público conocimiento) que se comunican con el Puerto lo que nos ha atrasado además, en la consecución de las metas propuestas e integración de la población indígena a los planes que desarrollamos.

Por lo anteriormente expuesto, insisto, acudiendo al principio constitucional de la buena fe y al interés que tiene la administración pública para que los fines del Estado se cumplan, y solicito con todo respeto, consideren la posibilidad de modificar el plan de inversiones para que podamos seguir trabajando conjuntamente en aras de que solamente no se piense en sancionar por parte de la administración sino en coadyuvar a la empresa privada para que logre cumplir los fines propuestos y prestar de esta forma el servicio adecuado con las condiciones necesarias.

Finalmente y de otro lado, considero oportuno que se corrija el artículo sexto de la Resolución 545 de 2011. en la cual se dispuso publicar la multa una vez se encuentre ejecutoriada la misma en la Cámara de Comercio de Buenaventura." (...)

3. ANALISIS DE LOS ARGUMENTOS

La Subgerencia de Gestión Contractual, una vez analizados y evaluados los argumentos presentados por Sociedad Portuaria de la Península S.A., en el recurso de reposición interpuesto, así como los pronunciamientos técnico y jurídico proferidos al respecto según comunicaciones radicadas bajo el No. 2012-409-001897-2 del 25 de enero de 2012 y No. 2012-409-003392-2 del 7 de febrero de 2012, respectivamente, considera lo siguiente:

En primer lugar se encuentra que los argumentos presentados en el recurso de reposición son en el mismo sentido de los argumentos presentados por la Sociedad Portuaria de la Península S.A. en su escrito de descargos, los cuales fueron objeto de estudio en su oportunidad y que confirman la situación de incumplimiento aceptada por el mismo concesionario en sus escritos, esto es que no cumplió con las obligaciones contractuales del Plan de Inversión dentro del plazo estipulado, que no informo oportunamente que no cumpliría, que no solicito plazo adicional para cumplir con el compromiso contractual de manera previa y sustentada, y que no informo que estaba efectuando obras en zona portuaria por solicitud de otras autoridades.

En aras de dar claridad a los argumentos que se plantean nuevamente en el recurso, se hacen las siguientes precisiones:

- a. La Sociedad Portuaria de la Península S.A. afirma que no existe prueba del cumplimiento del plan de inversiones porque evidentemente el mismo no se ha ejecutado, e indica que la causa de ello es la ocurrencia de hechos que le han impedido cumplir el plan de inversiones. Tales hechos están referidos a requerimientos de algunas autoridades de control tales como la DIAN, el INVIMA y la POLICÍA NACIONAL.

Como se indicó en la parte considerativa de la resolución recurrida, si bien tales autoridades cuentan con potestades legales de exigir medidas de seguridad o de control, esos requerimientos no pueden de manera alguna justificar la inejecución total del plan de inversiones previsto en el contrato, como en el presente caso ha ocurrido, más aun cuando es totalmente previsible que en el desarrollo de la actividad portuaria objeto del contrato de concesión portuaria se presenten este tipo de requerimientos, que de hecho el concesionario se

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

encuentra obligado a cumplir por expresa disposición del mismo contrato cuando en la Cláusula Décima, numeral 16.6 se establece lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA SEXTA. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO: (...) 16.6. *Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean, respecto de otras autoridades de cualquier orden entre otras la obtención de licencias y permisos de las autoridades locales, y en forma especial, las exigencias que formule cualquiera de las autoridades competentes.*" (Subrayado fuera de texto)

Como se puede observar, el cumplimiento de dichos requerimientos es una obligación contractual y no se trata de una situación imprevista; y tampoco constituye un hecho de tal gravedad que realmente haya imposibilitado el cumplimiento de la obligación contractual relacionada con la ejecución del Plan de Inversiones que debía cumplir el concesionario durante el primer año de ejecución del contrato, esto es de 2009 a 2010.

Se considera entonces que no le asiste razón al concesionario al pretender justificar la inejecución total del plan de inversiones correspondiente al primer año (2009-2010), con el hecho de dar cumplimiento a otra de sus obligaciones cual era la atención de los requerimientos de las autoridades competentes para garantizar la prestación adecuada del servicio portuario. Vale precisar que la sociedad concesionaria no informó oportunamente a la entidad de tales circunstancias y de la alegada imposibilidad de ejecutar su obligación relacionada con el plan de inversiones, y dentro del presente procedimiento administrativo tampoco se han puesto de presente a la entidad los requerimientos de las autoridades ni el alcance de tales requerimientos, no obstante, se insiste, la atención de dichos requerimientos es una obligación contractual y su cumplimiento no justifica el incumplimiento e inejecución total del plan de inversiones que en esa oportunidad nos ocupa.

- b. En lo que tiene que ver con el incumplimiento de la Sociedad Portuaria de la Península S.A. con su obligación de presentar los informes mensuales de avance, lo cual fue igualmente objeto de análisis en la resolución recurrida, se insiste por parte del concesionario que el incumplimiento de esta obligación obedece a no haberse ejecutado el plan de inversiones por haber priorizado otros requerimientos y por no haber obras sobre las cuales se pueda reportar avance.

Al respecto podemos llegar a la misma conclusión del argumento anterior, en el sentido que no es viable presentar como justificación del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, el cumplimiento de otra de las obligaciones establecidas en el contrato, esto es, el cumplimiento de los requerimientos de las autoridades competentes.

En este punto considero pertinente precisar que solo dentro del presente procedimiento administrativo, el concesionario informó sobre la existencia de los requerimientos de las autoridades y sobre las causas de la inejecución del plan de inversiones, que reiteramos, no justifican el incumplimiento reportado.

- c. La Sociedad Portuaria de la Península S.A. solicita en el recurso modificar el plan de inversiones, insistiendo en su solicitud que en este mismo sentido formuló por primera vez a la entidad en el escrito de descargos dentro del presente procedimiento administrativo, iniciado precisamente por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales relacionadas con la ejecución del Plan de Inversiones y la presentación de los informes mensuales de avance y seguimiento.

Sobre el particular es necesario precisar que evidentemente debe modificarse el plan de inversiones con el fin de trasladar aquellas que debían ejecutarse en el primer año y que fueron incumplidas; haciendo los ajustes correspondientes a los valores y plazos de tal manera que el compromiso de inversión ofrecido por el concesionario y al que se obligó con la suscripción del contrato, sea cumplido a cabalidad y de esta forma se garantice la prestación del servicio portuario.

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

Pero esta necesidad y solicitudes de modificación efectuadas por el concesionario dentro del presente procedimiento, por si solas no pueden desvirtuar el incumplimiento presentado y que de hecho ha sido aceptado por el concesionario. En este sentido, culminado el presente procedimiento administrativo se deben hacer los ajustes al plan de inversiones con el fin de reprogramar los compromisos incumplidos y para tal efecto se someterá a estudio el plan propuesto por la Sociedad Portuaria de la Península S.A. como anexo al recurso de reposición que en esta oportunidad se decide.

- d. Manifiesta el concesionario que ha pagado oportunamente la contraprestación establecida en el contrato y que ello es prueba de la intención de cumplir el contrato.

Al respecto es necesario precisar que el pago oportuno de la contraprestación es solo una de las obligaciones surgidas con ocasión del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009, y el cumplimiento de este solo compromiso contractual no justifica el incumplimiento de las demás obligaciones que se establecieron en el contrato.

- e. Finalmente informa el concesionario que si bien ha pagado la contraprestación, ha incumplido con la obligación de ejecutar el plan de inversiones "...por no contar en el momento con el dinero suficiente para hacer todas las inversiones a las que nos habíamos comprometido, por dar prioridad a otras inversiones". En este punto se reitera lo que ya se analizó en el sentido de concluir que el cumplimiento de los requerimientos de las autoridades competentes también es una obligación contractual y que la misma no puede servir de justificación para el incumplimiento de otra de sus obligaciones.

Sobre este particular encontramos que el puerto se encuentra actualmente en operación plena y de ello da cuenta la comunicación de la DIMAR No. 23201200014 radicada bajo el No. 2012-409-001058-2 del 16 de enero de 2012, que al efectuar una consulta a la entidad sobre el tamaño de los buques que pueden ingresar al puerto indica que el puerto "...viene atendiendo motonaves de tráfico internacional en forma regular e ininterrumpida", situación que nos permite concluir que la carga y los ingresos proyectados por el concesionario se han venido desarrollando y cumpliendo sin novedad.

Se insiste que el cumplimiento de los requerimientos de las autoridades competentes no es una situación imprevista y de hecho es una obligación contractual, y tampoco constituye una imposibilidad material de cumplir con el plan de inversiones.

Que de acuerdo con el último reporte presentado por la Sociedad Portuaria de la Península S.A. relacionada con las inversiones realizadas en la zona de uso público durante los años 2010 y 2011, según comunicación No. 2012-409-003553-2 del 6 de febrero de 2012, se evidencia que no ha cesado la situación de incumplimiento toda vez que el concesionario no ha efectuado ninguna inversión y reporta como valor de la inversión realizada \$0, lo cual permite concluir que debe ratificarse la multa impuesta para conminar al concesionario al cumplimiento de las obligaciones contractuales objeto del presente trámite.

Que debe corregirse el artículo sexto de la resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011 en el sentido de indicar que la comunicación de la citada resolución debe hacerse a la Cámara de Comercio de la Guajira y no a la de Buenaventura como se indicó erradamente en la citada disposición.

Que una vez ejecutoriada la presente resolución se convocará al concesionario a efectuar el ajuste del plan de inversiones con el fin de reprogramar las inversiones que no han sido ejecutadas, atendiendo los procedimientos y requisitos exigidos para tal efecto.

ML

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra la Resolución No. 545 de 2011"

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- Confirmar la Resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011 por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. Modificar el artículo sexto de la Resolución No. 545 del 25 de noviembre de 2011, así:

"ARTÍCULO SEXTO. En firme la presente resolución, 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 la Guajira.

ARTÍCULO TERCERO. Convocar a la Sociedad Portuaria de la Península S.A. a presentar formalmente la propuesta de modificación de su Plan de Inversiones, en los términos y condiciones establecidas en la cláusula séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 001 de 2009.

ARTÍCULO CUARTO. 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.

ARTÍCULO QUINTO. Contra el presente acto administrativo no procede recurso alguno

NOTIFIQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá, D.C. el día

13 FEB 2012


SILVIA URBINA RESTREPO
Subgerente de Gestión Contractual

Proyectó: Marcela Urquijo – Abogada GTP

