



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **1052** DE 2017

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

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 de la ANI, 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, 49 a 52 de la Ley 1437 de 2011 así como en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, procede a declarar la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., imponer el pago de perjuicios y declarar la ocurrencia de un siniestro.

I. DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 09-CONP-98 Y LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LOS SUJETOS

1.1. Del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998.

Mediante la Resolución No. 0102 del 11 de febrero de 1998, FERROVIAS abrió la licitación pública No.001-98 con el fin de seleccionar un concesionario con el cual FERROVIAS celebraría un contrato de concesión para adelantar la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte férreo de carga de la Red Pacífica.

Posteriormente, mediante la Resolución No. 820 del 4 de noviembre de 1998, FERROVIAS adjudicó el contrato a la Sociedad Concesionaria Red Férrea del Pacífico S.A.

El 18 de diciembre de 1998, FERROVIAS y la Sociedad Concesionaria Red Férrea del Pacífico S.A., hoy Tren de Occidente S.A., celebraron el Contrato de Concesión No.09-CONP-98 para la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la infraestructura de la Red Férrea del Pacífico, conformada por los tramos Buenaventura (PK 0) – Cali (PK 170); Cali (PK 170) – La Felisa (PK 459) y Zarzal (PK 304) – La Tebaida (PK 343), además de la construcción, operación y mantenimiento de una terminal de carga en la Felisa. De conformidad con la cláusula primera del Contrato de Concesión, el objeto del Contrato consiste en:

"(...)

1.1. Otorgar en CONCESION la infraestructura de transporte férreo que forma parte de la red Pacífica, según determinación que de la misma se hace en el

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

numeral 3.2 del Pliego de Condiciones, para su rehabilitación, conservación, operación y explotación por parte del CONCESIONARIO, infraestructura que se detalla en el ANEXO 5 y el numeral 3.1 del pliego de condiciones de la Licitación Pública No. 001-98 y que incluye las siguientes líneas: Buenaventura (PK 0) – Cali (PK 170); Cali (PK 170) – La Felisa (PK 459); Zarzal (PK 304) – La Tebaida (PK 343).

1.2. Otorgar en CONCESION la construcción, operación y mantenimiento de un Terminal de Transferencia de Carga en La Felisa, la cual, para todos los efectos legales, se considerará incorporada a la infraestructura de transporte férreo una vez concluya la construcción.

Adicionalmente se cederá al CONCESIONARIO el derecho de paso que actualmente FERROVIAS mantiene sobre el tramo comprendido dentro del área urbana de Cali (PK 170), el que se incorporará a la infraestructura de transporte férreo una vez la tenencia de la misma sea recuperada por FERROVIAS en el evento de una terminación anticipada del contrato de arrendamiento que actualmente se encuentra vigente sobre dicha estructura en favor del municipio de Santiago de Cali."

De acuerdo con la cláusula 3 del Contrato de Concesión, el plazo es de treinta (30) años contados a partir de la firma del acta de inicio, hecho que se llevó a cabo el 14 de marzo de 2000 y de conformidad con la cláusula 141, el contrato es de valor indeterminado.

Posteriormente, mediante el Decreto 1791 del 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional decretó la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVIAS y ordenó la Cesión de los contratos "a la entidad que asuma la competencia de la red férrea concesionada"; y a través de la Resolución No. 0049 del 10 de septiembre de 2003, la Gerente Liquidadora de la Empresa Colombiana de Vías férreas - FERROVIAS, dispuso la entrega del Contrato de Concesión de Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, a título gratuito.

Mediante el Otrosí No. 9 del 12 de diciembre de 2003 del citado Contrato, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO reemplazó a la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVIAS, como entidad contratante y el día 10 de julio de 2008, el Concesionario Tren de Occidente S.A. y la sociedad Ferrocarril del Oeste S.A., hoy Ferrocarril de Pacífico S.A.S., suscribieron el Contrato de Cesión del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, cuyo objeto consiste en:

"(...) la cesión irrevocable por parte de TREN DE OCCIDENTE S.A. en calidad de CEDENTE a la sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A., en calidad de CESIONARIA del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 celebrado el 18 de diciembre de 1998, para adelantar la rehabilitación, conservación, operación y explotación de la Infraestructura de Transporte Férreo de Carga de la Red Pacífica, prestando el servicio de transporte de carga en la línea férrea desde

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Buenaventura hasta La Felisa y en un tramo adicional de Zarzal hasta La Tebaida, con una longitud de 498 km, en dos etapas: Primera Etapa: A la fecha del presente contrato LA CESIONARIA recibe irrevocablemente para su operación, mantenimiento y conservación, el corredor de 380 kilómetros con todas sus anexidades, comprendidos entre los Municipios de Buenaventura y Zaragoza y Zarzal y La Tebaida. Segunda Etapa: La rehabilitación, reconstrucción y construcción del corredor Zaragoza-LA Felisa, continuará a cargo de LA CEDENTE y sólo será cedido a LA CESIONARIA una vez cumplida la condición de ser terminada por LA CEDENTE, y verificada su ejecución total de acuerdo con el plan de obras por la Interventoría designada por el INCO, quedando claro que para esta segunda etapa no se requerirá nueva aprobación de cesión por parte de INCO. PARAGRAFO PRIMERO: Las partes dejan expresa constancia que la responsabilidad, las obligaciones y los derechos por la ejecución de las obras del Corredor Zaragoza- La Felisa recaen íntegramente en la CEDENTE. La cesión solamente tendrá lugar respecto de este corredor cuando la obra haya sido entregada a LA CESIONARIA por la CEDENTE y recibida a satisfacción por el interventor de la obra".

En la misma fecha se reconoció la cesión por parte del INCO- hoy Agencia Nacional de Infraestructura - a través del Otrosí No. 15 suscrito entre el INCO, Ferrocarril del Oeste S.A. y Tren de Occidente S.A., en el que se estableció:

"(...) SEGUNDO. Disponer que la Sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A. reemplazará a TREN DE OCCIDENTE S.A, en calidad de Concesionario y, en consecuencia, FERROCARRIL DEL OESTE S.A. responderá del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales, desde la suscripción del presente documento hasta la terminación del Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico, salvo en las relacionadas con el Plan De Obras de Rehabilitación – Reconstrucción. PARAGRAFO: La sociedad FERROCARRIL DEL OESTE S.A. recibirá la infraestructura afecta al Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico así: a) Los tramos Buenaventura- Cartago y Zarzal- La Tebaida, dentro de los quince (15) días siguientes a la suscripción del presente documento; b) El tramo Cartago- La Felisa, dentro de los quince días siguientes a la manifestación de conformidad por parte de la interventoría en relación con el cumplimiento de las obligaciones del Plan de Rehabilitación-Reconstrucción".

Finalmente, mediante el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, el Gobierno Nacional cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones – INCO, de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, denominada Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, adscrita al Ministerio de Transporte.

1.2. De la individualización de los sujetos de la presente actuación.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- **SOCIEDAD FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** (en adelante el Concesionario o FDP), identificado con NIT 900225133-2, representado legalmente por el señor GUSTAVO ADOLFO GIRALDO CHAVARRÍA, identificado con cédula de ciudadanía No. 15.337.675 y legalmente por el Doctor OTONIEL GONZÁLEZ OROZCO, identificado con cédula de ciudadanía No. 16.989.195 y Tarjeta Profesional No. 86.319 del Consejo Superior de la Judicatura.
- **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** (en adelante CHUBB), identificada con NIT 860026518-6, garante del contrato de Concesión No. 09-CONP-98, según Póliza de Cumplimiento No. 43313667 Certificado No. 0, representada legalmente por el doctor MANUEL FRANCISCO OBREGÓN TRILLOS, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.151.183 y legalmente por el Doctor GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.395.114 y Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, quien posteriormente fue sustituido por el Doctor SANTIAGO ROJAS BUITRAGO, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.015.429.338 y Tarjeta Profesional No. 264.396 del Consejo Superior de la Judicatura.
- **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** (en adelante SEGUROS DEL ESTADO S.A.), identificada con NIT 860009578-6, garante del contrato de Concesión No. 09-CONP-98, según Póliza de Cumplimiento No. 43313667 Certificado No. 0, representada legalmente por el doctor JORE ARTURO MORA SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 2.924.123 y legalmente por el Doctor GLUIS CARLOS LÓPEZ COUA, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.010.383 y Tarjeta Profesional No. 226.957 del Consejo Superior de la Judicatura.

II. DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA SANCIONATORIA ADELANTADA POR LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

2.1. Del Procedimiento Administrativo Sancionatorio

La Agencia Nacional de Infraestructura a través de la Gerencia de Defensa Judicial¹, mediante oficio con radicado ANI No. 2017-701-007336-1 del 09/03/2017, remitió citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dirigida a la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. y a las compañías aseguradoras Chubb Seguros Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A.

En las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, el 27 de marzo de 2017, con la comparecencia de los apoderados tanto del Concesionario como de las compañías aseguradoras Chubb y Seguros del Estado, del Coordinador General de la Interventoría del Proyecto Consorcio Trenes del Pacífico y su abogado, se llevó

¹ De conformidad con lo previsto en el numeral 7º del artículo 12 de la Resolución 1452 de 2013, y en el Anexo a la Resolución 528 de 2015.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

acabo la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y en virtud de lo previsto en su literal b) se presentaron las circunstancias de hecho que motivaron la actuación, las normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en el desarrollo de la actuación, todas consignadas desde la citación a audiencia y que en términos generales giran en relación con los incumplimientos de ciertas obligaciones a cargo del contratista tales como i) violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No.09-CONP-98; ii) falta de acreditación de la capacidad financiera, de conformidad con el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones; iii) vulneración al deber de información respecto de la modificación de la situación de control; iv) no presentación oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato de concesión; v) no contar con un Asistente Técnico Operativo; vi) no haber presentado los informes mensuales, no haber asistido a las revisiones semestrales y no haber realizado todas las inversiones previstas en el Plan de Normalización.

Surtido lo anterior, y antes de escuchar los descargos del Concesionario y de las garantes, el apoderado de FDP solicitó la suspensión de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 afirmando que el 16 de marzo de 2017 se llevó a cabo una reunión conjunta con el Presidente de la ANI en la que se establecieron unos compromisos con miras a subsanar los presuntos incumplimientos objeto de la actuación administrativa, cuyo cumplimiento se tenía previsto para el 21 de abril de 2017, por lo que consideraron pertinente suspender la actuación administrativa sancionatoria hasta que se verificara el cumplimiento de los referidos compromisos; solicitud que fue coadyuvada por los apoderados de las compañías aseguradoras. En atención a la referida solicitud y previa revisión de su validez y pertinencia, se accedió a la suspensión de la diligencia.

La audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 fue reanudada el día 5 de mayo de 2017 en la que el apoderado del Concesionario presentó nulidad de la actuación administrativa sancionatoria por violación al debido proceso por considerar que existía doble imputación, solicitud coadyuvada por el apoderado de Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y resuelta negándola en el curso de la misma audiencia.

Posteriormente, en el curso de la referida audiencia, el apoderado del Concesionario efectuó la presentación de sus descargos y elevó solicitud para que se vinculara a la presente actuación administrativa a **IWL CAPITAL LLC, IMPALA TERMINALS COLOMBIA S.A.S** y **TRAFIGURA DE COLOMBIA PTI S.A.S**, en calidad de terceros. A continuación el apoderado de Seguros del Estado S.A. presentó sus descargos quien adicionalmente formuló nulidad de la actuación administrativa por falta de competencia de la Entidad para adelantar el proceso sancionatorio por considerar que las partes decidieron en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 que las discrepancias que surgieran en la interpretación y ejecución del contrato debían ser resueltas a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos dispuestos.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Subsiguientemente, en audiencia llevada a cabo el 10 y 11 de mayo de 2017, el apoderado de Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. presentó sus descargos.

Posteriormente, en audiencia del 2 de junio de 2017 se resolvió negando tanto la solicitud de vinculación de terceros efectuada por el apoderado del Concesionario como la nulidad formulada por el apoderado de Seguros del Estado S.A.; y se resolvió respecto de la solicitud de pruebas presentada por cada uno de los apoderados, procediéndose entonces a la suspensión de la diligencia a fin de permitir todo el recaudo probatorio y su contradicción.

En la continuación de la audiencia llevada a cabo el 16 de junio de 2017, de conformidad con las pruebas decretadas, se recepcionó el testimonio de la Dra. Catalina Rueda Gomez, abogada y asesora externa del Concesionario durante los años 2015 y 2016; y la declaración de parte del señor Gustavo Giralda Chavarría, en su calidad de representante legal de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S.

Adicionalmente, mediante auto del 28 de junio de 2017 se resolvió incorporar al expediente como prueba, y de conformidad con el decreto de pruebas efectuado en audiencia del 2 de junio de 2017, el expediente de la actuación administrativa sancionatoria adelantado contra el concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S. cuya posible consecuencia es la terminación anticipada del contrato; así como el oficio emitido por Ferrocarril del Pacífico S.A.S. el 2 de noviembre de 2016, radicado en la ANI bajo el No. 2016-409-100004-2 del 3 de noviembre de 2016, denominado "INFORME INVERSIÓN CAPITAL PRIVADO MODO FÉRREO DEL I SEMESTRE DEL 2016 FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S."

Así mismo, mediante oficios con radicados ANI No. 2017-409-061745-2 del 12/06/2017 y 2017-409-069793-2 del 04/07/2017, los apoderados de Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. y del Concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S., respectivamente, formularon solicitud adicional de pruebas, las cuales fueron resueltas mediante auto del 12 de julio de 2017 en el que se resolvió incorporar al expediente para que obre como prueba dentro de la actuación administrativa de la referencia, el oficio con radicado ANI No. 2017-307-020603-1 del 05/07/2017 con sus respectivos anexos mediante el cual, para que se le dé el valor probatorio que en el marco de la presente actuación administrativa corresponda; y negar la prueba solicitada por el apoderado de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. por considerarse inoportuna.

Así, recaudadas las pruebas y surtida la etapa de contradicción de las mismas, se dispuso reanudar la diligencia para el 31 de julio de 2017 a fin de continuar con el procedimiento establecido en el literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, fecha de audiencia en la que previamente el apoderado del Concesionario manifestó que mediante oficio con radicado ANI No. 2017-409-080760-2 del 31 de julio de 2017 solicitó el decreto y práctica de prueba testimonial del representante legal de la sociedad Vecturis Colombia S.A.S., en su calidad de asistente técnico operativo a efectos y mediante oficio con radicado ANI No. 2017-409-080766-2 del 31/07/2017

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

solicitó la revocatoria del auto del 12 de julio de 2017 proferido por el Coordinador del GIT Defensa Judicial que decretó y negó pruebas al interior de la actuación administrativa.

Las anteriores solicitudes fueron negadas por el Despacho por considerar que la solicitud de revocatoria es improcedente y el decreto de la prueba testimonial solicitada por el apoderado del Concesionario resultaba inconducente e impertinente, de conformidad con los motivos expuestos en audiencia y que quedaron consignados en el expediente de la actuación.

La audiencia fue suspendida y se fijó su reanudación para el 02 de agosto de 2017, a efectos de proferir la correspondiente decisión de fondo respecto de los cargos imputados al contratista, una vez recaudadas las pruebas, surtida la etapa de contradicción de las mismas y resueltas todas y cada una de las solicitudes efectuadas por los apoderados.

En la referida reanudación de audiencia, se incorporó a la actuación administrativa sancionatoria el Auto del 1 de agosto de 2017 emitido por el Juzgado Treinta y seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogota, Sección Tercera, notificado el 2 de agosto de 2017 a la ANI, mediante el cual se negó la medida cautelar solicitada por el apoderado de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. en la interposición de acción de tutela contra la ANI por violación a sus derechos fundamentales de defensa, debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad procesal; medida provisional que pretendía dejar sin valor y efecto el auto del 24 de julio de 2017 que citó a la reanudación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y en consecuencia ordenar la suspensión del trámite sancionatorio hasta tanto no se haya proferido decisión de fondo.

En este sentido, teniendo en cuenta que el Despacho judicial negó la medida provisional solicitada, y que por tanto no hay decisión de autoridad alguna que suspenda el desarrollo y trámite de la presente actuación administrativa sancionatoria, corresponde dar continuidad al procedimiento de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

2.2. De los cargos imputados

Se estableció desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que los cargos a imputar a la Sociedad FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S., consisten en:

1. Violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, por no mediar autorización expresa y escrita de la entidad concedente, vulnerando lo dispuesto en el numeral 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

2. No acreditar la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria, vulnerando lo dispuesto en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
3. No responder en el plazo contractualmente establecido los requerimientos de aclaración o de información que le formuló la Entidad Concedente por la no entrega de la información solicitada respecto de la modificación de control, vulnerando lo dispuesto en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión.
4. No constituir oportunamente las garantías mínimas exigidas en el contrato de Concesión, vulnerando lo dispuesto en las cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión.
5. No contar el contrato de concesión con un Asistente Técnico Operativo, vulnerando lo dispuesto en la cláusula 13 del Contrato de Concesión y los numerales 2.4.3. y 2.5.3 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
6. No haber presentado los informes mensuales detallados del estado de avance ni haber asistido a las revisiones semestrales previstas en el Plan de Normalización, vulnerando lo dispuesto en la Cláusula 2, numeral 3 del Orosí 16 al Contrato de Concesión.

Los anteriores cargos se fundaron en los hechos y las pruebas aportadas con la solicitud de inicio del proceso sancionatorio, y se resolverán de fondo en este acto con el análisis que de ellas se haga junto con las demás pruebas recaudadas en el curso de la actuación.

2.3. De las obligaciones contractuales cuyo cumplimiento se revisa en la presente actuación.

Las obligaciones contractuales cuyo cumplimiento por parte de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. se revisa se citan a continuación:

2.3.1. Respetto de la presunta violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No.09-CONP-98.

- Numeral 2.1.6.2., literal a) del Pliego de Condiciones que dispone:

"a) Acreditar la suscripción de la promesa de contrato de sociedad para la constitución de una sociedad mercantil que tenga como objeto único la suscripción y ejecución del contrato de concesión en licitación, en la que se prevea para la sociedad futura un término mínimo de duración por lo menos igual al término del contrato de concesión y tres (3) años más y se restrinja la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social de los asociados de manera concordante con lo exigido por el numeral 2.7 del presente pliego de condiciones" (Subrayado fuera del texto inicial).

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- A su turno, el numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones establece:

"(...) Sin perjuicio de lo anterior, la calidad de proponente o la calidad de sociedades o personas integrantes del proponente podrá ser cedida entre las partes o a un tercero a discreción de los integrantes del proponente en cualquier tiempo a partir de la adjudicación del contrato de concesión y hasta su ejecución total siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

(...)

iv) Que medie la aceptación expresa y escrita de FERROVIAS, quien unicamente podrá negar su autorización cuando encuentre acreditadas causales de incompatibilidad o inhabilidad en el cesionario o cuando evidencie la afectación de la capacidad patrimonial de grupo proponente" (Subrayado fuera del texto inicial).

2.3.2. Respetto de la presunta violación por la no acreditación de la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria.

- Numeral 2.6. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.6. CAPACIDAD ECONOMICA DEL PROPONENTE

El Proponente deberá acreditar capacidad económica y se considerará que cumple con este requisito:

a) Cuando las personas naturales o jurídicas que lo integran posean conjuntamente un patrimonio neto de treinta millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$30.000. 000.00) ó

b) Cuando una de las personas naturales o jurídicas que lo integran posea un interés que represente más del treinta y tres por ciento (33%) de participación en la sociedad concesionaria y demuestre poseer como mínimo un patrimonio neto de treinta millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$30.000. 000.00) o su equivalente en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado certificada por la Superintendencia Bancaria para la fecha de apertura de la presente licitación.

La determinación del patrimonio neto aquí previsto se sujetará a las siguientes condiciones:

(...)

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

La capacidad en los términos del presente numeral se acreditará únicamente mediante el diligenciamiento de la PROFORMA 5 del presente pliego, en la cual se consignará el patrimonio neto total acreditado por el proponente, siguiendo las instrucciones allí incluidas. Dicho anexo no deberá venir acompañado de los estudios financieros de cada una de las entidades que se hayan relacionado sin perjuicio de lo cual FERROVIAS, al momento de la evaluación podrá solicitar la remisión de información contable certificada por un auditor externo o por un revisor fiscal si así lo considera conveniente.

Dicha proforma deberá ser suscrita por los representantes legales de la entidad o entidades proponentes respecto de los cuales se incluye información en tal proforma y venir certificada por un revisor fiscal o por un auditor, cuya firma implicará que este garantiza:

- 1. Que la información que se consigna en la proforma ha sido tomada de los estados financieros de los integrantes del proponente, preparados conforme a las normas y principios generales de contabilidad*
- 2. La razonabilidad de la información incorporada por el proponente o por los diferentes integrantes del proponente*
- 3. La constancia de la información incorporada por el proponente o por los diferentes integrantes del proponente y*
- 4. Que los resultados incorporados se establecieron de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados*
- 5. Si alguna de las personas que integran el grupo proponente se encuentra adelantando procesos concordatorios, ha sido declarado el estado de quiebra ha cesado en sus pagos con terceros o si existen procedimientos judiciales o administrativos en su contra que busquen dicha declaración.*

Adicionalmente el auditor deberá manifestar las contingencias que puedan afectar los derechos ciertos revelados en los activos, así como las contingencias por pasivos probables no revelados que afecten la situación futura de la entidad durante el tiempo que transcurra entre la fecha del corte y la fecha de presentación de la propuesta. Igualmente deberá revelar cualquier situación que pueda implicar posibles cambios materiales que afecten de manera adversa el valor del patrimonio neto incorporado al formato y especialmente aquellas que surjan con posterioridad al corte del ejercicio ón que pueda implicar posibles cambios materiales que afecten de manera adversa el valor del patrimonio neto incorporado al formato y especialmente aquellas que surjan con posterioridad al corte del ejercicio del cual se ha tomado la información, hasta la fecha de presentación de la propuesta". (Negrilla fuera del texto).

2.3.3. Respecto del presunto incumplimiento por la falta de entrega de la información solicitada por la Entidad respecto de la modificación de control.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998, que dispone:

"La obligación de responder en un plazo máximo de VEINTE (20) días corrientes, los requerimientos de aclaración o de información que le formule FERROVIAS, plazo que podrá ser extendido a petición de EL CONCESIONARIO."

2.3.4. Respetto del presunto incumplimiento por la no presentación oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato de concesión.

- Cláusula 70 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998 que dispone:

"CLÁUSULA 70. GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El CONCESIONARIO deberá constituir a favor de FERROVIAS, dentro de los veinte (20) días siguientes a la firma del presente contrato de concesión, una garantía única de cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de concesión.

La garantía deberá cumplir con todos los requisitos previstos en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y deberá mantener su valor en pesos cada vez que se requiera su renovación.

Cuando el término para el cumplimiento de la obligación que se garantice de acuerdo con cada cobertura sea prorrogado o extendido de acuerdo con lo previsto en el contrato de CONCESIÓN, deberá prorrogarse en el mismo sentido el amparo correspondiente.

La garantía deberá ser expedida por una compañía de seguros, o por un establecimiento bancario. En cualquier caso, la entidad expedidora deberá estar autorizada por las autoridades colombianas para emitir esa clase de garantías en Colombia."

- Cláusula 71 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998 que dispone:

"CLÁUSULA 71. COBERTURA DE LA GARANTIA UNICA

(...)

El cumplimiento de las obligaciones de conservación. La garantía amparará el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la conservación de la infraestructura férrea entregada en concesión, por un valor equivalente en pesos a DIEZ MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$10'000.000.00), por periodos anuales, renovable durante un período igual al de la CONCESION, contado a partir de la fecha de expedición de la póliza.

(...)

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

El cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato de concesión. La garantía cubrirá el cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato de concesión, por un valor equivalente en pesos a CINCO MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$5'000.000.00). Esta garantía amparará el pago de las multas previstas en el contrato de concesión, y deberá ser constituida por períodos anuales, la cual deberá mantenerse vigente durante todo el término de la concesión y dos (2) años más."

- Cláusula 72 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998 dispone:

"CLAUSULA 72. RENOVACIONES

Las renovaciones de la garantía única deberán entregarse a FERROVIAS al vencimiento de cada año calendario contado a partir de la fecha de expedición de la póliza, durante todo el plazo del contrato de concesión, y en tales oportunidades, FERROVIAS nuevamente contará con el término previsto en el párrafo anterior, para aprobar las renovaciones mencionadas.

*Cuando alguna de las coberturas de la póliza excedan el plazo del contrato de concesión, se entregará dentro de los primeros seis (6) meses del último año de la concesión una póliza que garantice por el plazo total remanente los riesgos señalados en los numerales 71.4, 71.5, 71.6, 71,7 y 71.8.
(...)"*

2.3.5. Respecto del presunto incumplimiento contractual por no contar con un Asistente Técnico Operativo.

- Cláusula 13 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998 que dispone:

"CLAUSULA 13. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION

*Como consecuencia de la concesión que se otorga a EL CONCESIONARIO por medio del presente contrato, éste adquiere las siguientes obligaciones:
(...)*

13.17. La obligación de suscribir los siguientes contratos complementarios al presente contrato de concesión: el contrato de fiducia para la administración de los aportes que efectúe FERROVIAS con destino a la ejecución del plan de obras de rehabilitación, el acuerdo de colaboración y coordinación administrativa, y los contratos de asistencia técnica que correspondan según las condiciones de su propuesta. (...)"

- Cláusula 107 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998 que dispone:

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-COMP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

"CLAUSULA 107. TERMINACION ANTICIPADA DEL CONTRATO POR CAUSA IMPUTABLE AL CONCESIONARIO

FERROVIAS podrá terminar anticipadamente el presente contrato, por las siguientes causas:

(...)

107.5. La terminación del contrato de asistencia técnica sin el visto bueno de FERROVIAS".

- Numeral 2.4.3. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.4.3. FORMA DE ACREDITAR LA EXPERIENCIA

(...) Dicha experiencia podrá ser acreditada de manera directa por el proponente cuando se trate de una persona natural o jurídica que participe de manera individual en la presente licitación o a través de asistentes técnicos cuando dicho proponente no cuente con la experiencia que se exige pero en tal caso deberá suscribir un acuerdo de asistencia técnica en los términos previstos en este pliego de condiciones.

(...)

La experiencia requerida en cualquiera de las actividades mencionadas también se entenderá acreditada cuando el asistente técnico no cuente con la experiencia que se requiere pero su matriz pueda acreditarlo siempre que se cumpla concurrentemente con los siguientes requisitos:

(i) Se trate de una persona jurídica que tenga dentro de sus actividades la de desempeñar la calidad de asistente técnico

(ii) Que en dicha sociedad por lo menos el 51% de las acciones pertenezcan directamente a la sociedad matriz que cuenta con la experiencia requerida

(iii) Que la sociedad filial se encuentre en situación de subordinación respecto de esta última en los términos y condiciones previstos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio

(iv) Que la sociedad matriz asuma directamente ante Ferrovias el compromiso de no disminuir ni enajenar su participación accionaria en la sociedad filial ni modificar las condiciones de control que mantiene y demuestre respecto de su filial durante el término de vigencia del contrato de asistencia técnica que el concesionario llegue a suscribir con esta última en el caso en que se adjudique la licitación y tres (3) años más.

(...)"

- Numeral 2.5.3. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.5.3. Compromiso de Asistencia Técnica

Para que sea tenida en cuenta la experiencia que un proponente individual o plural quiera acreditar a través de un asistente técnico, conforme al numeral

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

2.4.3. del presente pliego deberá presentarse debidamente suscrito entre el proponente y el asistente técnico respectivo un contrato de asistencia técnica, siguiendo la minuta contenida en la PROFORMA 7 que se encuentra en el volumen de proformas que acompaña este pliego de condiciones; dichos compromisos serán requisito necesario para que la experiencia pueda tenerse en cuenta y se considere acreditada en la evaluación de la propuesta.

En el caso en que se acredite la experiencia del asistente técnico a través de sus sociedades matrices, bastará la suscripción del compromiso por parte de la sociedad subordinada, pero en este último, la sociedad matriz y el asistente técnico deberán adjuntar un compromiso incondicional e irrevocable en el que se garantice a FERROVIAS que la situación de vinculación se mantendrá invariable por el período del contrato de asistencia técnica y tres (3) años más, asumiendo expresamente el compromiso de no disminuir la participación que sustenta la vinculación o subordinación y asumiendo además la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que la sociedad matriz que acredita la experiencia hará la transferencia de tecnología que se requiere para que el asistente técnico pueda cumplir adecuadamente las funciones previstas en el presente pliego.

El objeto de dichos contratos será la prestación de la asistencia técnica necesaria al concesionario para garantizar que cuenta con el apoyo técnico requerido en materia de construcción, rehabilitación y conservación de la infraestructura de transporte férreo y de material rodante y así asegurar la culminación exitosa de las actividades a cargo del concesionario.

Los compromisos de asistencia técnica deberán venir suscritos por una persona con capacidad para representar en cada caso a cada uno de los asistentes técnicos y al proponente, capacidad legal que deberá acreditarse conforme a la ley colombiana según lo indicado en el numeral 2.1. del presente pliego respecto de los proponentes".

- En este sentido, la PROFORMA 7 MINUTA DEL COMPROMISO DE ASISTENCIA TECNICA, establece en su Clausula 7. Previsiones obligatorias, lo siguiente:

"(...)

7.3 SERA UN REQUISITO PARA QUE PUEDA PROCEDERSE A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE ASISTENCIA TECNICA OPERATIVA, EN EL CASO DE LA TERMINACIÓN DEL PLAZO PACTADO PARA EL MISMO QUE SE ACREDITE QUE SE HA EFECTUADO A SATISFACCION DE FERROVIAS, LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA NECESARIA HACIA EL PROPONENTE PARA GARANTIZAR LA ADECUADA CALIDAD, SEGURIDAD Y CONTINUIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO.

7.4 CUANDO POR CUALQUIER RAZON DEBA REEMPLAZARSE A CUALQUIERA DE LOS ASISTENTES TECNICOS INICIALES, ESTOS NO PODRAN DEJAR SUS FUNCIONES NI CESAR EN SU RESPONSABILIDAD HASTA CUANDO INICIE

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

ACTIVIDADES UN NUEVO ASISTENTE TECNICO OPERATIVO Y/O CONSTRUCTIVO SEGÚN EL CASO, PARA CUYO NOMBRAMIENTO SE REQUERIRA LA AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE FERROVIAS. AUTORIZACIÓN QUE SERÁ EXPEDIDA CUANDO EL NUEVO ASISTENTE TECNICO OPERATIVO O CONSTRUCTIVO DEMUESTRE POSEER LA EXPERIENCIA NECESARIA PARA DESEMPEÑAR ESA FUNCIÓN DE ACUERDO CON LOS PLIEGOS DE LICITACIÓN ORIGINALES"

- Numeral 2.5.4. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.5.4. Responsabilidad y solidaridad del asistente técnico

El asistente técnico será responsable solidariamente ante FERROVIAS por los resultados técnicos del área asistida mientras se encuentre vigente el contrato de asistencia técnica y en tal medida deberá suscribir la propuesta que presente el proponente en condición de asistente técnico, lo que implicará que asume la responsabilidad que antes se determina.

Su participación en la propuesta deberá ser garantizada ante FERROVIAS mediante una póliza de garantía de seriedad de la oferta que deberá allegarse con la propuesta que se presente en la cual garantice su participación en la ejecución del contrato de concesión durante el tiempo y con las responsabilidades que le atribuye su calidad de asistente técnico.

Dicha garantía de cumplimiento deberá extenderse a favor de FERROVIAS por una suma de un millón de dólares de los Estados Unidos (US\$1.000.000) y se hará exigible siempre que por cualquier razón el asistente técnico retire su participación antes de la suscripción del compromiso de asistencia técnica sin perjuicio de la exigibilidad de las sanciones y multas a que dé lugar su incumplimiento.

La póliza de seriedad de la propuesta deberá sustituirse por una póliza de cumplimiento a favor de FERROVIAS con la cual se ampare el cumplimiento del contrato de asistencia técnica que se suscriba una vez adjudicado y celebrado el contrato de concesión dentro de los términos y con las condiciones previstos en estos pliegos para la presentación de la póliza de cumplimiento del contrato de concesión.

Dicha póliza deberá extenderse por una suma de diez millones de dólares de los Estados Unidos (US\$10.000.000) en el caso del contrato de asistencia técnica constructiva y por una suma de cinco millones de dólares de Estados Unidos (US\$5.000.000) en el caso del contrato de asistencia técnica operativa".

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

2.3.6. Respecto del presunto incumplimiento por no haber presentado los informes mensuales ni haber asistido a las revisiones semestrales previstas en el Plan de Normalización.

- Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 que dispone:

"OTROSI 16

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA. *Durante el período de transición, las partes acuerdan desarrollar y ejecutar el Contrato de Concesión No.09-CONP-98, en las siguientes condiciones:*

(...)

3. El Concesionario deberá presentar a la Agencia con copia a la Interventoría, un informe mensual detallado, que dé cuenta del estado de avance del Plan de Normalización".

2.4. De las pruebas valoradas en la actuación.

A continuación, se relacionan las pruebas recaudadas en la actuación y que serán tenidas en cuenta para la calificación de los hechos soporte del presunto incumplimiento, partiendo para el efecto de los informes de Interventoría y de supervisión que -de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011-, soportan el inicio del trámite sancionatorio cuando se evidencia un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

2.4.1. De los informes de la Interventoría y de la Supervisión del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98.

El Consorcio Ferropacífico, interventoría del proyecto, en estricto cumplimiento de las atribuciones otorgadas en el Contrato de Interventoría y conforme a la documentación cruzada en desarrollo del negocio y aportada al presente trámite administrativo, mediante la comunicación No. CTP-INTV-051-2017 del 1 de febrero de 2017, radicada en la Agencia con el No. 2017-409-010738-2 el mismo día, indicó que el concesionario presuntamente incumplió sus deberes contemplados en los numerales 2.5.3. y 2.5.4. del Pliego de Condiciones, toda vez que *"desde el pasado 30 de diciembre de 2016, el contrato de concesión No.09-CONP-98 presuntamente no cuenta con asistente técnico, sobre lo cual el concesionario FDP podrá presentar sus respectivos descargos y explicaciones en el trámite del proceso sancionatorio que se inicie"*, por lo que recomendó a la Agencia proceder al inicio del respectivo procedimiento sancionatorio en contra del concesionario para imponer si es del caso una multa, de conformidad con el literal a) del numeral 95.4 de la cláusula 95 del contrato de concesión, sin perjuicio del inicio de las actuaciones tendientes a la terminación anticipada del contrato por causa imputable al concesionario, de conformidad con lo previsto en la cláusula 107 del contrato de concesión.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Adicionalmente, mediante la comunicación No. CTP-INTV-ANI-053-2017 del 9 de febrero de 2017, radicada en la Agencia con el No. 2017-409-014122-2 el mismo día, la interventoría del proyecto presentó sus consideraciones respecto de la falta de operación y explotación de la infraestructura, la falta de presentación de las pólizas de acuerdo con las condiciones contractuales, la presunta violación del régimen de enajenación de la propiedad accionaria, y de la falta de asistencia técnica operativa, concluyendo la procedencia del proceso sancionatorio en contra de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. por estos motivos.

Así mismo, mediante la comunicación No. CTP-INTV-ANI-054-2017 del 9 de febrero de 2017, radicada en la Agencia con el No. 2017-409-014127-2 el mismo día, la Interventoría del proyecto consideró que existe un presunto incumplimiento por parte del concesionario al evidenciarse que *"por lo menos durante el año 2016 el concesionario no solo no concurrió a las revisiones semestrales del período de transición, sino que igualmente omitió cumplir con su deber de presentar un informe mensual y detallado del estado de avance del plan de normalización"*, por lo que consideró que se vulneró el numeral tercero de la cláusula segunda del otrosí 16, razón por la cual, en su consideración, procede el desarrollo del trámite sancionatorio.

Mediante la comunicación No. CTP-INTV-ANI-055-2017 del 9 de febrero de 2017, radicada en la Agencia con el No. 2017-409-014131-2 el mismo día, la interventoría del proyecto indicó que *"como consecuencia del vencimiento del plazo del período de transición, a partir del 1 de enero de 2017 el contrato de concesión No. 09-CONP-98 de 1998 regresó a sus condiciones contractuales de ejecución y por lo tanto, a partir de dicha fecha FDP debió suscribir la garantía única que contemple los amparos mencionados, según los montos establecidos en la cláusula 71 del contrato de concesión"* por lo que señaló que *"dicha circunstancia claramente enmarca la conducta del concesionario dentro de las causales para la imposición de multas de que trata el numeral 95.4 de la cláusula 95 del contrato de concesión (...) sin perjuicio del inicio por parte de la ANI de las actuaciones tendientes a la terminación anticipada del contrato por causa imputable al concesionario, de conformidad con lo previsto en la cláusula 107 del contrato de concesión"*.

Que adicional a los informes de interventoría señalados en el acápite anterior, también con el fin de dar cumplimiento a lo establecido en el literal a) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la Supervisión del Proyecto presentó un informe sobre los presuntos incumplimientos que se presentan en el desarrollo de las obligaciones contractuales contraídas en virtud del Contrato de Concesión 09-CONP-98, particularmente en lo que atañe a no contar con el asistente técnico operativo ni con las garantías obligatorias de aseguramiento del contrato, y el presunto incumplimiento en las prestación del servicio de carga; informe radicado mediante memorando con Radicado ANI No. 2017-409-002915-3 del 22 de febrero de 2017, dirigido al Vicepresidente de Gestión Contractual de la ANI.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

A través del referido memorando, la supervisión del contrato realizó un informe que concluye que *"Conforme a lo descrito anteriormente y a los antecedentes enunciados, que evidencian los incumplimientos de las obligaciones a cargo del concesionario y que afectan la ejecución del contrato de concesión 09-CONP-98, el equipo de supervisión y la Gerencia del Grupo Interno de Trabajo (sic), consideran que el proyecto presenta un riesgo de paralización total, así como el incumplimiento de las condiciones esenciales de asegurabilidad del contrato. Asimismo, se hace necesario evaluar la adopción de las medidas de control e intervención que garanticen la ejecución de contrato"*.

Así pues, el referido informe de Supervisión advierte que con base en los conceptos del interventor y el criterio técnico del grupo de Supervisión, los presuntos incumplimientos que allí se relacionan podrían ocasionar la parálisis del contrato de concesión.

Así mismo, mediante memorando No. 2017-307-003108-3 del 24 de febrero de 2017 la Supervisión del proyecto presentó alcance al informe de supervisión inicialmente radicado a efectos de presentar una estimación de los posibles perjuicios que se presentan a la Red Férrea del Pacífico por los presuntos incumplimientos, cuantía que tal asciende a la suma de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES (US\$ 32.805.231)

2.4.2. De las demás pruebas recaudadas en el proceso

Adicional a los referidos informes de interventoría, la Agencia Nacional de Infraestructura ha tomado en consideración las demás pruebas allegadas a la actuación que se resumen en los siguientes:

- A. De las pruebas documentales anexas a la citación remitida mediante el oficio con radicado ANI No. 2017-701-007336-1 del 09/03/2017 tanto a la sociedad Concesionaria como a las compañías aseguradoras, las cuales se relacionan a continuación:
- ✓ Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998.
 - ✓ Otrosí No. 16 al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998.
 - ✓ Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
 - ✓ Anexos y Proformas.
 - ✓ Memorando No. 2016-307-005970-3 del 11 de mayo de 2016.
 - ✓ Memorando No. 2016-307-005976-3 del 12 de mayo de 2016.
 - ✓ Memorando No. 2016-307-005975-3 del 12 de mayo de 2016.
 - ✓ Memorando No. 2016-307-006800-3 del 1° de junio de 2016.
 - ✓ Comunicación No. 2016-409-120432-2 del 29 de diciembre de 2016.
 - ✓ Comunicación No. 2017-409-002456-2 del 11 de enero de 2017.
 - ✓ Memorando No. 2017-307-000973-3 del 16 de enero de 2017.
 - ✓ Comunicación No. 2017-409-014122-2 del 9 de febrero de 2017.
 - ✓ Oficio No. 2016-704-038241-1 del 7 de diciembre de 2016.
 - ✓ Comunicación No. 2016-409-41206-2 el 28 de diciembre de 2016.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-COMP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- ✓ Oficio No. 2017-704-000144-1 del 4 de enero de 2017.
- ✓ Comunicación No.2017-409-010718-2 el 1° de febrero de 2017.
- ✓ Oficio No. 2016-701-017792-1 del 20 de junio de 2016
- ✓ Oficio No.2017-704-003717-1 del 9 de febrero de 2017.
- ✓ Oficio No. 2017-704004537-1 del 16 de febrero de 2017.
- ✓ Oficio No. 2017-409-017674-2 del 20 de febrero de 2017.
- ✓ Memorandos No. 2016-701-014449-3 del 18 de noviembre de 2016.
- ✓ Memorando No. 2016-701-014845-3 del 23 de noviembre de 2016.
- ✓ Oficio No.2017-704-005079-1 del 21 de febrero de 2017.
- ✓ Petición radicada con el No. 2016-409-104168-2 el 16 de noviembre de 2016.
- ✓ Oficio No.2016-307-037847-1 del 6 de diciembre de 2016.
- ✓ Comunicación No. 2016-409-080117-2 el 15 de diciembre de 2016.
- ✓ Comunicación No. 2016-409-119490-2 el 27 de diciembre de 2016.
- ✓ Oficio No. 2016-307-041208-1 del 30 de diciembre de 2016.
- ✓ Comunicación No. 2017-409-010718-2 del 1° de febrero de 2017.
- ✓ Oficio No. 2016-307041106-1 del 30 de diciembre de 2016.
- ✓ Comunicación No. 2017-409-000156-2 del 2 de enero de 2017.
- ✓ Oficio No. 2017-307-000455-1 del 11 de enero de 2017.
- ✓ Comunicación No. 2017-409-014131-2 del 9 de febrero de 2017.
- ✓ Comunicación No. 2016-409-121487-2 del 30 de diciembre de 2016.
- ✓ Comunicación No. 2017-409-001742-2 del 10 de enero de 2017.
- ✓ Oficio No.2017-307-000911-1 del 16 de enero de 2017.
- ✓ Correo electrónico del 27 de enero de 2017, mediante el cual Eric Peiffer Managing Director de Vecturis informó a la Agencia que tal sociedad no continuaría con la operación de la Red Férrea del Pacífico.
- ✓ Oficio No.2017-307-002867-1 del 2 de febrero de 2017.
- ✓ Comunicación No. 2017-409-010738-2 del 1° de febrero de 2017.
- ✓ Comunicación No. 2017-409-014127-2 del 9 de febrero de 2017.
- ✓ Oficio No.2017-307-000914-1 del 16 de enero de 2017.
- ✓ Memorando No. 2017-409-002915-3 el 22 de febrero de 2017, mediante el cual la supervisión del contrato realizó un informe de incumplimiento.
- ✓ Concepto de la firma Urdaneta, Vélez, Pearl & Abdallah Abogados, acerca de los posibles incumplimientos de tipo societario de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., radicado en la Agencia con el No. 2017-409-019475-2 el 24 de febrero de 2016.
- ✓ Memorando No. 2017-307-003189-3 del 24 de febrero de 2017.
- ✓ Memorando No. 2017-409-002915-3 del 22 de febrero de 2017.
- ✓ Memorando No. 2017-307-003108-3 del 24 de febrero de 2017.

B. De las pruebas decretadas en audiencia del 2 de junio de 2017.

- En la referida audiencia se decretaron las siguientes pruebas documentales aportadas tanto por el Concesionario como por Chubb Seguros Colombia S.A.:
 - ✓ Certificado de existencia y representación legal de Ferrocarril del Pacifico S.A.S.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- ✓ Informe del experto contratado con A de G Ingeniería, el cual hace parte integral del Contrato de Concesión, conforme a las exigencias del Otrosí 16.
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2017-409-022049-2 con referencia "Denuncia de conflicto para la solución por la vía de arreglo directo (Clausula 130 Contrato de Concesión No. 09-CONP-98)
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2016-409-121483-2 de 30 de septiembre de 2016
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2016-409-119842-2 de 28 de diciembre de 2016
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2016-409-119150-2 de 26 de diciembre de 2016
- ✓ Oficio con Radicado ANI No.2016-409-095662-2 de 25 de octubre de 2016
- ✓ Documento donde consta que se informó sobre la negociación y cambio de administración.
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2017-409-021-978-2 de 01 de marzo de 2017. – Asistente Técnico.
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2017-307-007195-1, recibido en FDP el 13 de marzo de 2017 – respuesta al recurso de reposición.
- ✓ Oficio con Radicado ANI No.2016-409-119288-2 del 26 de diciembre de 2016
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2017-409-010718-2 de 01 de febrero de 2017.
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2016-307-037847-1 del 6 de diciembre de 2016 – la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene ninguna relación contractual
- ✓ Oficio con Radicado ANI No. 2016-409-1159256-2 del 19 de diciembre de 2016. Cita a comité
- ✓ Recurso de Reposición y en subsidio de Apelación contra el oficio y/o acto administrativo con radicado ANI No. 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016.
- ✓ Proforma 7 – Minuta de Compromiso Asistente Técnico Vecturis
- ✓ Acuerdos comerciales suscritos entre el FDP y los clientes:
- ✓ AGECOLDA S.A.
- ✓ COLOMBIANA DE FRENOS S.A. – COFRE
- ✓ FABRICA NACIONAL DE AUTOPARTES S.A. -FANALCA S.A.
- ✓ Certificación Revisor Fiscal – Capital social y accionistas
- ✓ Certificación Revisor Fiscal – Dirección de residencia y domicilio
- ✓ Poder especial Ramiro Rivera Roldan 2014.
- ✓ Pliegos definitivos – Contrato 181 – Interventoría
- ✓ Contrato 181 de 2016 Interventoría red férrea
- ✓ Correo de lunes 26 de diciembre de 2016 11:40 de Carlos Augusto Arboleda Arjona

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- ✓ Excel y PDF con "CALCULO MEDIO PARA LA POLIZA DE CUMPLIMIENTO, OROSI No. 19"
 - ✓ Otrosí 19 al Contrato de Concesión
 - ✓ Acta Aclaratoria del Otrosí 15 del año 2008
 - ✓ Otrosí 16 al Contrato de Concesión
 - ✓ Proforma suscrita entre FDO Y Ferroviaria Oriental S.A.S.
 - ✓ Informe Final A de G Ingeniería – Condiciones para la regularización del Contrato de Concesión
 - ✓ Copia del informe de gestión año 2016
 - ✓ Copia de los estados financieros al 31 de diciembre de 2016
 - ✓ Informe de Gestión del año 2016 presentado a la asamblea general de accionistas en el mes de abril de 2017
 - ✓ Copia constancia de entrega del dictamen pericial rendido por la firma Rail tech S.A. junto con copia del dictamen realizado por dicha firma.
 - ✓ Informe de Gestión del año 2016 presentado a la junta de accionistas del año 2017.
 - ✓ Estados financieros a 31 de diciembre de 2016, previamente certificado por el señor Andres Nicolay Sanchez, revisor fiscal.
 - ✓ Copia del oficio con radicado No. 20133070054901 se aprueba la composición accionaria de Red Férrea del Pacifico S.A.S.
 - ✓ Copia del oficio con radicado No. 20137040023983 "Revisión y Concepto sobre composición accionaria de Red Férrea del Pacifico S.A.S." suscrito por Alexandra Lozano Vergara, Gerente de Gestión Contractual 2.
 - ✓ Copia del oficio con radicado No. 20133080016403 5 revisión de documentos proforma 5.
 - ✓ Documentos que integran la historia que se encuentra en el registro mercantil sobre la Sociedad del Pacifico S.A.S. en la Cámara de Comercio de Cali, aportados en medio magnético en un DVD, y las actas de asamblea llevadas a cabo en el marco del contrato societario.
- También se decretó la remisión con destino a este proceso, a efectos de que obre como prueba traslada de los siguientes documentos:
 - ✓ El informe pericial elaborado por la firma Railtech Consulting junto con todos sus anexos, aportado dentro del proceso administrativo Sancionatorio adelantado contra el mismo concesionario cuya posible consecuencia es la terminación anticipada del contrato.
 - ✓ Copia de todo el expediente que contiene el proceso administrativo Sancionatorio adelantado contra el mismo concesionario cuya posible consecuencia es la terminación anticipada del contrato, para que, en términos del apoderado *"obre como prueba traslada de los hechos que han sido expuestos en los presentes descargos relacionados con las circunstancias de terceros que han afectado la vía férrea, las diferentes actuaciones administrativas y policivas que el Concesionario ha adelantado, así como los incumplimientos de las obligaciones a cargo de la contratante que se han mencionado en el presente escrito."*

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

- Se decretó el testimonio de la Doctora Catalina Rueda, abogada y asesora externa del Concesionario durante los años 2015 y 2016, el cual fue recepcionado el 16 de junio de 2017.
 - Se decretó la declaración de parte del señor Gustavo Adolfo Giraldo Chavarría, en calidad de representante legal de Ferrocarril del Pacífico S.A.S., la cual fue recepcionada el 16 de junio de 2017.
 - Se decretó de oficio la incorporación al expediente como prueba documental del memorando con Radicado ANI No. 2017-307-006669-3 del 05/05/2017.
 - Así mismo, se negó tanto la solicitud presentada por el apoderado de Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A. respecto de las demás pruebas documentales cuyo oficio se solicitó así como las que solicitó tener en cuenta sin que fuesen aportadas, concediéndole un plazo adicional para aportar los documentos que pretendiera hacer valer, así como el decreto de los testimonios solicitados por el apoderado del Concesionario por resultar inconducentes.
- C. De las pruebas practicadas en audiencia del 16 de junio de 2017.
- Se recepcionó el testimonio de la Doctora Catalina Rueda Gómez, en su calidad de abogada y asesora externa del Concesionario durante los años 2015 y 2016.
 - Se recepcionó la declaración de parte del señor Gustavo Giraldo Chavarría, representante legal del Concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S.
- D. De las pruebas decretadas en auto del 28 de junio de 2017. Mediante el referido Auto se ordenó incorporar al expediente para que obren como prueba dentro de la actuación administrativa los siguientes documentos:
- ✓ Copia del expediente de la actuación administrativa sancionatoria adelantado contra el concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S. cuya posible consecuencia es la terminación anticipada del contrato, en calidad de prueba documental.
 - ✓ Copia del oficio emitido por Ferrocarril del Pacífico S.A.S. el 2 de noviembre de 2016, radicado en la ANI bajo el No. 2016-409-100004-2 del 3 de noviembre de 2016, denominado "INFORME INVERSIÓN CAPITAL PRIVADO MODO FÉRREO DEL I SEMESTRE DEL 2016 FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S."
- E. De las pruebas decretadas en auto del 12 de julio de 2017. Mediante el referido Auto se ordenó incorporar al expediente para que obre como prueba dentro de la actuación administrativa el oficio con radicado ANI No. 2017-307-020603-1 del 05/07/2017 con sus respectivos anexos que constan en un (1) CD en calidad de prueba documental.

Conforme lo anterior, se tiene que en el curso del recaudo del anterior material probatorio no se ha puesto en duda ni ha sido objeto de tacha ninguno de los elementos que confirman el acervo probatorio presentado por la Interventoría, la

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Supervisión, la Agencia Nacional de Infraestructura, el Concesionario y las Compañías Aseguradoras, quienes han contado con las oportunidades procesales y administrativas para controvertir y confrontar las pruebas y para aportar los medios de convicción para sustentar su defensa que se resume a continuación.

III. DE LOS DESCARGOS PRESENTADOS POR LOS APODERADOS DE LOS INTERVINIENTES.

3.1. Descargos del apoderado de la sociedad Concesionaria Ferrocarril del Pacífico S.A.S.

El apoderado de la sociedad concesionaria centró la defensa de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. en los puntos que se relacionan a continuación:

1. Improcedencia del presente trámite por trámite arreglo directo presentado por la Sociedad Ferrocarril del Pacifico S.A.S.

Indica el apoderado que mediante solicitud de fecha 01/03/2017 con radicado número ANI 2017-409-022049-2, con referencia: *Denuncia de conflicto para solución por la vía de arreglo directo / Cláusula 130 Contrato de Concesión número 09-CONP-98*, el concesionario presentó solicitud por trámite de arreglo directo, razón por la cual considera que debe decretarse la terminación del presente proceso y ordenarse continuar con el procedimiento de arreglo directo, pues en su criterio, al haber pactado la cláusula de arreglo directo y en el entendido que lo pactado es ley para las partes era deber de la ANI dar continuidad al mecanismo activado sobre arreglo directo.

2. No es cierto que FDP no cuente con asistente técnico operativo.

Manifiesta el apoderado del Concesionario que, al interior de la compañía se están realizando ajustes de tipo administrativo y dentro de los cambios que se están proyectados se han venido surtiendo múltiples acercamientos con diferentes empresas férreas de orden nacional con el fin de concretar el cambio del asistente técnico operativo, sin embargo, esto nunca ha significado que Vecturis Colombia S.A.S. haya dejado de ser responsable frente a la concesión, FDP y la ANI como asistente técnico operativo, como se obligó en la proforma 7.

También señaló el apoderado en la presentación de sus descargos que, no es válido contractualmente proceder con la terminación mencionada por Vecturis S.A. - Bélgica de manera unilateral con el contrato de asistencia técnica, dado que la obligación que adquirió dicha sociedad no puede ser renunciada ni transferida por mera liberalidad del obligado siendo dichas facultades únicamente del acreedor que en este caso es la ANI; además dicha sociedad extranjera no tiene legitimación en la causa frente a FDP; la ANI no ha aprobado la terminación del mencionado

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

contrato y no se ha cumplido con las condiciones pactadas en la mencionada proforma para que pueda terminarse el contrato de asistencia técnica.

También señala respecto de este asunto que, si bien en el pliego de condiciones del contrato de concesión se estableció una duración determinada para el funcionamiento de la asistencia técnica de por lo menos el término previsto en el contrato de asistencia técnica que será mínimo de 10 años y 3 años más, FDP considera de manera objetiva que se ha cumplido a cabalidad con la durabilidad del asistente técnico operativo por lo tanto este requerimiento se encuentra superado y la sociedad concesionaria ya cuenta con la experiencia que fue requerida en el pliego de condiciones, por lo que se hace innecesario contar con un asistente técnico operativo.

Finalmente indica que no obstante lo anterior, se ha logrado acordar la suscripción de las proformas 7 recientemente diligenciada y suscrita por FDP y el señor Julio Augusto Montes Prado, en su calidad de representante de la sociedad FERROVIARIA ORIENTAL S.A. Sucursal Colombia; sin embargo, acaeció el fallecimiento del señor Montes lo que ha retrasado las negociaciones con la referida sociedad.

3. No son ciertos los pronunciamientos de la interventoría respecto de la falta de operación y explotación de la infraestructura.

Señala el apoderado del concesionario que la suspensión del servicio de transporte férreo en el período en que ello ocurrió, se generó con justa causa en razón de las causas extrañas, por el hecho de terceros, caso fortuito y en una alta proporción tiene su origen a situaciones anteriores a la firma del acta de inicio de contrato de concesión, situaciones estas de inseguridad e ineficiencia que en efecto aún permanecen latentes sin ninguna interrupción contundente por parte de las entidades del estado responsables.

No obstante lo anterior, considera el apoderado del Concesionario que esta situación cesó desde el 10 de diciembre de 2017 con la reactivación de la operación férrea de transporte público férreo de carga movilizando a la fecha de presentación de descargos, 76 trenes de carga en los sentidos Yumbo -Buenaventura, Buenaventura - Yumbo y Yumbo – Palmira, lo cual equivale a 15.000 toneladas de carga.

Sin embargo, solicita que este presunto incumplimiento no sea objeto y fundamento de la presente investigación como quiera que por dichas circunstancias ya se adelanta en paralelo proceso administrativo sancionatorio en respeto al principio *"non bis in idem"*.

4. No es cierto que FDP no haya presentado las pólizas de acuerdo con las condiciones contractuales actuales.

Afirma el apoderado del Concesionario que FDP ha obtenido y presentado a la ANI las pólizas de seguro exigibles según los términos del contrato de concesión y su período de transición, de acuerdo a las exigencias que sobre el particular le hizo la

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

ANI al concesionario y frente a estas no se ha recibido ningún oficio negando su validez por parte de la firma interventora de la concesión o de la ANI, pólizas que se relacionan a continuación:

- Póliza de responsabilidad civil extra contractual por 500 mil dólares.
- Póliza de todo riesgos la cual ampara los equipos entregados en los otrosí 16,17 y 18 del contrato de concesión.
- Póliza de cumplimiento por valor de 5.843.267 dólares tal y como lo solicitó la ANI estando en vigencia el período de normalización.

También señala el apoderado que, ante la negativa de la ANI en aceptar la prórroga del período de normalización se ha acudido de nuevo al mercado asegurador para obtener la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, con un valor asegurado de 10 millones de dólares, que actualmente está siendo negociada con la Compañía Chubb de Colombia, quien es la única compañía en el mercado asegurador que le es factible la emisión de dicha póliza, previa negociación de una serie de contragarantías.

No obstante, indica también que es deber del Concesionario insistir en que la determinación de la ANI en cuanto a que el contrato de concesión debe volver a las condiciones de asegurabilidad inicialmente pactadas es una determinación completamente arbitraria pues desconoce los acuerdos pactados en el otrosí 16, particularmente en su cláusula segunda, párrafo primero, pues FDP no tiene información respecto de la conformación del comité de regularización exigido para la modificación o confirmación de los valores asegurables en las garantías contractuales exigibles por el contrato de concesión; ni tampoco conoce FDP sobre el análisis de riesgos que debería hacer la ANI en compañía de la interventoría dentro de la vigencia del período de normalización en el cual se debió revisar el monto y objeto de los contratos de seguros de la Concesión.

Alega también que la no suscripción del acta de la reunión llevada a cabo el 16 de marzo de 2017 entre funcionarios del Concesionario y la ANI, impidió que el Concesionario continuar con las gestiones de obtención de pólizas de seguro y recursos financieros que estaba adelantando y que fueron suspendidas en virtud de las declaraciones que el presidente de la ANI realizó en medios de comunicación desconociendo la actual administración de FDP como legalmente constituida.

Señaló también que respecto de la póliza de cumplimiento por USD\$2.500.000 "Cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato de Concesión", cláusula 71, numeral 71.5, acta aclaratoria del Otrosí 15, no entiende por qué la ANI quiere atribuir el costo del valor asegurado de esta póliza, si la carga de esta es a cargo de la Sociedad Tren de Occidente S.A. según los términos del acta aclaratoria del Otrosí 15. Póliza que si bien se incluye en los perjuicios tasados por el equipo de Supervisión, la misma no ha sido exigida a FDP.

También señala respecto de este tema de pólizas que, la póliza por USD\$5.000.000 "Cumplimiento del contrato de asistencia técnica" si bien se encuentra vencida, no

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

es el Concesionario quien deba presentar una nueva pues tal requisito lo debe cumplir directamente el asistente técnico vigente para la concesión, el cual, para dichos efectos, no ha sido requerido por la ANI a diferencia de FDP.

5. No es cierto que en FDP se haya presentado ninguna violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria.

Precisa el apoderado del Concesionario que si bien la sociedad concesionaria de la Red Férrea del Pacífico ha tenido de manera reciente un cambio en su administración ello no lo es de ninguna forma por la enajenación de la propiedad accionaria de FDP.

Indica también que en diversas comunicaciones el Concesionario le ha aclarado a la ANI que la sociedad concesionaria de la Red Férrea del Pacífico – FDP no ha cambiado su composición accionaria dado que conserva los mismos accionistas reportados a la ANI y que el cambio de administración que surgió en FDP en el mes de noviembre de 2016 se dio en razón de la compra de las acciones de Fenwick Group Corp. en Panamá, sociedad que no es la concesionaria de la Red Férrea del Pacífico, operación comercial que no implica la cesión del contrato de concesión, tal y como sucedió en su entonces entre Tren de Occidente S.A. y Ferrocarril del Oeste S.A. en el año 2008, o que los accionistas de FDP hayan vendido sus acciones modificando el componente accionario del concesionario.

Señala también que, respecto a la posible vulneración por falta de cumplimiento del deber de información respecto de la modificación de control, no existe en el contrato de concesión ni en los pliegos de condiciones un deber de información en tal sentido con relación a las empresas Fenwick Group Corp. y Fenwick Colombia S.A.S., ajenas al contrato de concesión.

Finalmente indica que FDP informó a la ANI la composición accionaria actual de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., con el fin de establecer que el patrimonio neto de los accionistas que contribuyen con el patrimonio estableció en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones se mantiene, con fundamento en lo establecido en la cláusula número 13.15 del Contrato de Concesión.

Ahora bien, respecto de las normas incumplidas, afirma el apoderado que no puede hablarse de un incumplimiento de la cláusula 2.1.6.2, literal A) del pliego de condiciones dado que la transferencia de acciones de dicha sociedad no es del alcance de la ANI y tampoco corresponde un contrato de cesión de contrato de concesión ni cesión de la parte proponente. También señala que, con relación al presunto incumplimiento de la cláusula 2.7 del Pliego de Condiciones tampoco se ha presentado incumplimiento alguno por cuanto una cosa es el contrato de cesión entre partes y otra el contrato de venta parcial de acciones entre los miembros proponentes, actos jurídicos que no se pueden equiparar pues con la cesión efectivamente se desprende de su posición de proponente, con la venta de acciones entre integrantes del proponente sigue siendo parte sin que se afecte la capacidad patrimonial del grupo proponente.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Igualmente indica que al no ser el contrato estatal de aquellos identificados como *intuitu personae* no se requiere la autorización de la entidad estatal para la enajenación de acciones de la persona jurídica contratista y que en todo caso, la ANI nunca objetó los estatutos de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., generando la confianza legítima de haber sido autorizado por la ANI en los estatutos de constitución de la sociedad Ferrocarril del Oeste S.A. y su transformación a la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S.

Por el contrario, considera que el incumplimiento descrito por la ANI le debería ser atribuible por omisión al no verificar en su entonces el cumplimiento de dichas obligaciones para suscribir la cesión del contrato de concesión y luego del 10 de julio del 2008 fecha en que la ANI reconoció mediante otrosí 15 la cesión de un bloque del contrato de Tren de Occidente a Ferrocarril del Oeste S.A.

Finalmente, respecto a este tema solicita el apoderado del Concesionario que, de resultar probada la violación en la cláusula 2.1.6.2, literal a) de los Pliegos de Condiciones, deberá la ANI restituir al concesionario y a las sociedades que han ostentado dicha condición, la suma de dinero que en virtud del contrato de concesión han invertido y se proceda al pago de las indemnizaciones por el pago de los perjuicios que dicha determinación del contacto le pueda generar .

6. Es erróneo afirmar que FDP no presentó información referente al Informe Mensual de Avance del Plan de Normalización y sus revisiones semestrales.

Lo anterior en la medida que, según el apoderado del Concesionario, el Consorcio Interventor no fungió como firma interventora desde enero del 2016, y porque en todo caso el Concesionario elaboró convocatoria del comité de regularización semestral al final del año 2016, en cambio ni la ANI ni la firma interventora han propuesto la celebración del mencionado comité.

7. Carece de sustento fáctico, económico y jurídico el informe de la supervisión del contrato de concesión con el cual se pretende reiterar las manifestaciones infundadas de la firma interventora.

Señala el apoderado del Concesionario que no es claro para FDP la forma en que la supervisión del contrato de concesión determina la cuantía de los presuntos perjuicios por la suma de USD \$32.805.231, por lo que se opone a la prosperidad y determinación de dichos perjuicios, exigiendo que se prueben conforme al contrato de concesión y normas aplicables.

8. Ferrocarril del Pacífico S.A.S. no ha violado su obligación de acreditación de la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria.

Lo anterior ya que señala el apoderado del Concesionario que la Concesionaria viene cumpliendo con lo dispuesto en el numeral a) del numeral 2.6 del pliego de condiciones dado que las personas naturales y jurídicas que integran a la sociedad FERROCARRIL DEL PACIFICO SAS poseen conjuntamente patrimonio neto mayor a

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

30 millones de dólares de los Estados Unidos de América, tal como se acredita conforme a lo establecido en el contrato de concesión según la última proforma 5 radicada en la ANI, puesto que no han variado los accionistas y para la comprobación del patrimonio neto que tienen habrá de esperarse las respectivas aprobaciones de asamblea para el cierre del ejercicio contable del año 2016 el cual se encuentra en curso en todo Colombia.

9. La Sociedad Ferrocarril Del Pacifico S.A.S. no ha incumplido por falta de entrega la información solicitada por la entidad respecto de la modificación de control.

Considera el apoderado del Concesionario que no existe el incumplimiento imputado pues dentro del término correspondiente, la sociedad concesionaria informó a la ANI que en efecto, FDP no ha cambiado su composición accionaria dado que conserva los mismos accionistas reportados a la ANI, y se ha manifestado que el cambio de administración, no de accionistas, que surgió en FDP en el mes de noviembre de 2016 se dio en razón a la compra de las acciones de Fenwick Corp. Panamá, sociedad accionista mayoritaria de la sociedad Ferrocarril de Colombia S.A.S., quien a su vez es la accionista mayoritaria de Ferrocarril del Pacifico S.A.S.; aclarándole que esta operación comercial no implica la cesión del contrato de concesión o que se haya modificado el componente accionario del Concesionario.

10. Señala el apoderado del Concesionario que se han venido presentado una serie de irregularidades al contrato de interventoría Número 181 del 2016 con el consorcio TRENES DEL PACIFICO, y que existe conflicto de intereses del Coordinador General de la Firma Interventora Ramiro Rivera Roldán, pues se nombró como máximo representante e interlocutor entre la interventoría y FDP a un ex trabajador del concesionario, quien ostentó un cargo de nivel gerencial, esto es gerente de operaciones, con lo que se genera la ocurrencia de intereses antagónicos para la interventoría afectando con ello la transparencia de las decisiones que le competen a la misma.

También señala que el coordinador de la interventoría cuando fue empleado de FDP, además de su cargo gerencial en comento, cumplió funciones de administrador de la sociedad ya que era apoderado de FDP, por lo que reiteró que rechaza el nombramiento de esta persona y solicitó a la ANI la remoción de su cargo y de la interventoría.

11. Solicita se decrete la caducidad de la facultad sancionatoria en aquellos casos en que se fundamenta el incumplimiento por hechos acaecidos más allá de los 3 años anteriores a la citación, en especial, al hecho derivado de la no inclusión de la restricción de la enajenación de acciones, así como a las derivadas de las enajenaciones que se han realizado al interior de la propiedad accionaria de la empresa FDP.

3.2. Descargos de Seguros del Estado S.A.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Por su parte, el apoderado del garante además de coadyuvar los descargos del Concesionario, centró la defensa de Seguros del Estado S.A. en tres puntos que se relacionan a continuación:

1. Considera el apoderado de la Compañía aseguradora Seguros del Estado S.A. que ante la existencia de la cláusula compromisoria resulta evidente que la ANI carece de competencia para conocer y debatir el presunto incumplimiento.
2. Indica que para que proceda la caducidad administrativa debe existir un incumplimiento contractual que afecte grave y directamente el contrato que pueda conllevar a la paralización de la obra, en este caso, la operación de la línea férrea. Sin embargo, los incumplimientos a que se refiere la ANI en su pliego de cargos, no están debidamente acreditados.
3. También señala que tal como quedó demostrado en el dictamen pericial practicado en el proceso sancionatorio adelantado contra el mismo concesionario FDP para posible terminación anticipada del contrato, la paralización de la operación de la línea férrea se debe a hechos exógenos a la voluntad del contratista que no permiten la consecución del objeto del contrato.

3.3. Descargos de Chubb Seguros Colombia S.A.

Por su parte, el apoderado del garante centró la defensa de Chubb Seguros Colombia S.A. en los puntos que se relacionan a continuación:

1. Las condiciones e irregularidades que se presentan en la red férrea concesionada tales como los asentamientos humanos e invasiones, ocasionados por la falta de intervención del Estado, han generado un grave riesgo de obstaculizar el desarrollo de la operación y la necesidad de un cambio de las condiciones del Contrato de Concesión.
2. Agravación del riesgo asegurado pues no se le informó a la Compañía aseguradora del cambio de composición accionaria, en flagrante violación del artículo 1060 del Código de Comercio, agravando no solo el estado del riesgo sino los intereses de la compañía de seguros.

Después de la presentación de los descargos, se procedió a la suspensión de la diligencia a fin de permitir todo el recaudo probatorio, que como se vio, se extendió precisamente por los medios de prueba allegados por el Concesionario en el término previsto por el artículo 40 del CPACA, manteniendo activo el debate probatorio.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Agotado entonces la recopilación de los elementos de prueba, se procede a resolver el fondo del asunto.

IV. DE LA DECISIÓN DE SANCIÓN, SU CORRESPONDIENTE FUNDAMENTACIÓN Y EVALUACIÓN DE DESCARGOS

4.1. Respecto de la Competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI y su Vicepresidente de Gestión Contractual para emitir el presente acto administrativo.

El numeral 6º del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, establece que para la consecución de los fines de que trata el artículo 3 de esa misma Ley, las Entidades Estatales adelantarán las acciones conducentes a obtener la indemnización de los daños que sufran en desarrollo o con ocasión del contrato celebrado.

Así mismo, el artículo 18 del mismo cuerpo normativo establece que en caso que se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. Así pues, la declaratoria de caducidad es uno de los medios que pueden utilizar las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, que si bien tienen un uso excepcional, propenden por evitar la paralización o afectación grave del servicio con prevalencia del interés público social, justificación que constitucionalmente se considera razonable y proporcional.

También es pertinente mencionar que, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 dispuso que al ser el debido proceso un principio rector en materia sancionatoria era obligación de las autoridades aplicar un procedimiento mínimo que garantizara los derechos de contradicción y defensa, o lo que es igual, debía asegurar que la decisión estuviera precedida de audiencia del afectado.

Por su parte, la Ley 1474 de 2011, en su artículo 86 dispone el procedimiento que deben adoptar las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública para declarar el incumplimiento –cuantificando los perjuicios del mismo-, imponer las multas y sanciones pactadas en el Contrato, y hacer efectiva la cláusula penal, eventos en los cuales, igualmente puede hacer efectiva la garantía conforme lo señalado en el artículo 2.2.1.2.3.1.19 del Decreto 1082 de 2015. Así pues, el referido artículo 86 se constituyó como el cauce procedimental para la declaratoria de caducidad, procedimiento observado para la expedición del presente acto administrativo.

Por otra parte, teniendo en cuenta que el 18 de diciembre de 1998, FERROVIAS y la Sociedad Concesionaria Red Férrea del Pacífico S.A., hoy Tren de Occidente S.A.,

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

celebraron el Contrato de Concesión No.09-CONP-98, es pertinente señalar que mediante el Decreto 1791 del 26 de junio de 2003, el Gobierno Nacional decretó la liquidación de la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVIAS y ordenó la Cesión de los contratos "a la entidad que asuma la competencia de la red férrea concesionada", razón por la cual, mediante la Resolución No. 0049 del 10 de septiembre de 2003, la Gerente Liquidadora de la Empresa Colombiana de Vías férreas - FERROVIAS, dispuso la entrega del Contrato de Concesión de Infraestructura y de Obras de Conservación de la Red Pacífica al Instituto Nacional de Concesiones - INCO, a título gratuito.

En virtud de ello, mediante el Otrosí No. 9 del 12 de diciembre de 2003 del citado Contrato, el Instituto Nacional de Concesiones - INCO reemplazó a la Empresa Colombiana de Vías Férreas – FERROVIAS, como entidad contratante.

Señalado ello, de conformidad con el Decreto 4165 de 3 de noviembre de 2011, se cambió la naturaleza jurídica del Instituto Nacional de Concesiones - INCO de establecimiento público a Agencia Nacional Estatal de Naturaleza Especial, denominada Agencia Nacional de Infraestructura, perteneciente al sector descentralizado, adscrita al Ministerio de Transporte con personería jurídica, patrimonio propio, y autonomía administrativa y financiera.

En el artículo 11, numeral 8 de ese Decreto, y según lo dispuesto en la Resolución 475 de 24 de agosto de 2012, serán funciones del Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, entre otras, la de "orientar y dirigir el seguimiento al desarrollo de los contratos de concesión a su cargo y, en caso de incumplimiento de cualquier obligación, adoptar de acuerdo con la ley las acciones necesarias".

Así mismo, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución No. 506 del 07 de abril de 2016, el Vicepresidente de Gestión Contractual de la Agencia, por delegación efectuada por el Presidente, tiene la competencia para adoptar la decisión de los procedimientos administrativos cuya solicitud provenga de la Vicepresidencia a su cargo, tal como quedó estipulado en el artículo primero de la referida Resolución que dispone:

"ARTÍCULO PRIMERO: Delegar en el Vicepresidente de Gestión Contractual y en el Vicepresidente Ejecutivo de esta Agencia, según sea el caso, la función de adoptar la decisión de fondo dentro de los procedimientos administrativos sancionatorios que tramita la Gerencia de Defensa Judicial de esta Agencia, según el Proyecto o Contrato sobre el cual verse el presunto incumplimiento contractual y la solicitud de inicio de dicho procedimiento."

En tales condiciones, en virtud del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, y por los antecedentes anteriormente señalados, esta entidad tiene la competencia, en cabeza de su Presidente o de quien éste delegue, para declarar incumplimientos contractuales, así como la de imponer multas y sanciones pactadas en el contrato -

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

tal como la declaratoria de caducidad-, hacer efectiva una cláusula penal, declarar un siniestro, y decretar perjuicios, según sea el caso.

4.2. Respecto de la competencia que tiene la ANI para sancionar al Concesionario pese a existir cláusula compromisoria y pese a haberse efectuado solicitud de arreglo directo.

Resulta necesario previo a resolver la cuestión de fondo de la presente actuación administrativa sancionatoria, revisar la acusación de falta de competencia incoada por el apoderado del Concesionario, así como por el apoderado de Seguros del Estado S.A. con ocasión de la solicitud de inicio de trámite de arreglo directo presentada por FDP de conformidad con la cláusula 130 del Contrato de Concesión, y por la existencia de cláusula compromisoria estipulada en el referido Contrato en su cláusula 132.

Al respecto, y tal como lo ha señalado a lo largo de la presente actuación administrativa sancionatoria el Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI en su calidad de instructor del trámite, si bien las partes decidieron en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 que las discrepancias que surgieran en la interpretación y ejecución del contrato debían ser resueltas a través de los mecanismos alternativos de solución de conflictos dispuestos, tal como se previó en el Capítulo XXVII "Mecanismos para la solución de conflictos", también es cierto que el ejercicio de los mismos no limita la facultad que tienen las entidades estatales como mecanismo para asegurar los cometidos estatales.

Lo anterior teniendo en cuenta que, el proceso administrativo sancionatorio se percibe como *"un instrumento de autoprotección, en cuanto contribuye a preservar el orden jurídico institucional mediante la asignación de competencias a la administración que la habilitan para imponer a sus propios funcionarios y a los particulares el acatamiento, inclusive por medios punitivos, de una disciplina cuya observancia contribuye a la realización de sus cometidos."*²

Adicional a ello, y como ya se ha señalado en anteriores oportunidades, la facultad prevista en el ordenamiento legal para la debida vigilancia y control de los Contratos estatales, contenida en los artículos 18 de la Ley 80 de 1993, 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, no corresponde exclusivamente a una facultad, sino a una obligación en el deber de vigilancia de los contratos estatales, con el objeto de hacer realidad la función pública inmersa en la contratación estatal.

Así pues, el ejercicio del deber de vigilancia no se ve limitado por la activación de los mecanismos alternativos para solución de conflictos, es decir, ni por la activación del trámite de arreglo directo, ni por el la puesta en marcha de un tribunal de arbitramento debe la administración suspender el ejercicio del correlativo derecho y

² Corte Constitucional. Sentencia C-875/11 del veintidós (22) de noviembre dos mil once (2011), Expediente D- 8474, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

deber que le asiste a las entidades públicas para asegurar el cumplimiento de los contratos celebrados.

Es indispensable señalar también, que si bien el Contratista puede entender subjetivamente que no se encuentra incumplido, esta circunstancia no elimina la obligación de vigilancia y control del Contrato, con base en lo pactado bilateralmente en el mismo, pues esta es una posición individual y particular del Contratista Privado.

Adicionalmente, el Contrato estatal puede en principio presentar fines distintos tanto para el contratista como para la entidad, en los que la pretensión individual del contratista particular no puede eliminar de entrada la exigibilidad de las obligaciones pactadas en el contrato. El caso contrario significaría la eliminación de las facultades propias de control de la Entidad, en todos los eventos en que el contratista esté en desacuerdo con las obligaciones asumidas libremente en el contrato estatal.

En este aspecto adviértase que la facultad de la administración de definir unilateralmente si el contratista está incumplido, es una prerrogativa especial en la contratación administrativa, poniendo a la Administración contratante en una posición preferente, bajo el concepto de garantía y eficiente prestación del servicio público. Lo anterior en la medida que, en la contratación estatal siempre el órgano público buscará efectuar actos negociales para un bien superior, que es el interés general y la adecuada prestación del servicio público, pero no en el entendido de buscar un lucro privado o satisfacción unilateral, así que el negocio jurídico estatal siempre debe evaluarse en un nivel vertical de protección al bien común, y no horizontal como podría acontecer con los contratos celebrados entre particulares.

En consecuencia, la Agencia en su calidad de Entidad Concedente considera que el inicio de un proceso sancionatorio no cercena la posibilidad que tienen las partes del contrato de concesión de dar aplicación a la cláusula compromisoria, o a cualquier otro mecanismo alternativo de solución de conflictos; pero también considera que la interposición de solicitud o demanda para activar alguno de los referidos mecanismos, no puede suspender el ejercicio de las prerrogativas contenidas en el ordenamiento legal para la legal vigilancia y control del negocio jurídico estatal.

Lo anterior se ve reflejado en la regulación vertida en el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013, literal (e), cuyo tenor literal dispone:

"Artículo 14. Solución de controversias. Para la solución de las controversias surgidas por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, las partes podrán incluir cláusulas compromisorias, debiendo siempre observar lo previsto en la Ley 1563 de 2012 y demás normas que la adicionen, modifiquen, sustituyan o reglamenten, en especial, las normas que regulen el uso de mecanismos alternativos de solución de controversias para las entidades públicas. Así mismo, de manera especial aplicarán las siguientes reglas:

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

(...)

e) El ejercicio de dichos mecanismos no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, salvo que medie medida cautelar decretada en los términos del Capítulo XI del Título V de la Parte Segunda de la Ley 1437 de 2011 o demás normas que le adicionen, modifiquen o sustituyan;(Subrayas fuera de texto).

Así pues, resulta claro para esta Entidad que, de conformidad con la norma anteriormente citada, el ejercicio de mecanismos, como el arbitraje, no suspenderá de manera automática el ejercicio de las facultades ajenas al derecho común de que gocen las entidades contratantes, como lo es para este caso la declaración de caducidad del contrato.

Para el caso puntual de la existencia de cláusula compromisoria, el Alto Tribunal Contencioso Administrativo en decisión de acción de tutela, en la que en un caso similar al que acá se resuelve, el Contratista alegó la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y al derecho de acción, al tramitarse un proceso administrativo sancionatorio, cuando él había formulado previamente un Tribunal Arbitral en el que se discutía la exigibilidad de las obligaciones, estimando que las facultades normativas que permiten declarar unilateralmente un incumplimiento por la administración y en consecuencia imponer la orden conminatoria o sanción respectiva, son obligatorias para la administración:

"De acuerdo con lo transcrito, se concluye que la Audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, es un derecho y deber que le asiste a las Entidades Públicas a fin de esclarecer lo ocurrido dentro de la ejecución de los Contratos celebrados conforme al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, lo cual encuentra pleno respaldo en los principios constitucionales, y el interés general que les asiste de velar por la guarda de los recursos públicos³.

En consecuencia, se colige que a pesar de que contractualmente las partes pactaron una serie de mecanismos para la solución de controversias que incluye el trámite de arreglo directo, la conciliación, el tribunal de arbitramento y el amigable componedor, lo cierto es que esta Agencia está en el deber y tiene el derecho de iniciar y concluir las actuaciones que estime necesarias para verificar la correcta ejecución del contrato estatal del Proyecto que adelanta la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. y de velar por la debida utilización de los recursos públicos.

Adicionalmente, es pertinente señalar que el espíritu de la Ley 1563 de 2012 prevé que los Tribunales de arbitramento no son competentes para declarar la caducidad del contrato, motivo por el cual se rechazó la solicitud de declaratoria de nulidad del

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección "B". CP Bertha Lucía Ramírez de Páez. Providencia del 1º de agosto de 2013. Rad. AC-76001-23-33-000-2013-00539-01

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

apoderado de Seguros del Estado S.A. Así lo ha señalado el Consejo de Estado⁴ cuando señaló lo siguiente:

"En este orden de ideas, las cláusulas excepcionales a los contratos administrativos, como medidas que adopta la administración y manifestación de su poder, sólo pueden ser objeto de examen por parte de la jurisdicción contenciosa y no por particulares investidos temporalmente de la facultad de administrar justicia."

En conclusión, por los motivos expuestos queda claro una vez más al interior de la presente actuación administrativa sancionatoria que la Entidad sí es competente para el inicio y trámite de este proceso sin perjuicio de los mecanismos alternativos para la solución de conflictos contractualmente estipulados.

4.3. Del problema jurídico de la presente actuación administrativa.

Una vez revisada la totalidad de los documentos aportados, las pruebas practicadas, así como las actuaciones surtidas al interior de la actuación administrativa, corresponde a esta Entidad determinar si en el marco del contrato de concesión No. 09-CONP-98, se configuró, por parte de la sociedad Concesionaria Ferrocarril del Pacífico S.A.S. alguna de las conductas que se relacionan a continuación:

1. Violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, por no contar con la autorización expresa y escrita de la entidad concedente, vulnerando lo dispuesto en el numeral 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
2. No acreditar la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria, vulnerando lo dispuesto en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
3. No responder en el plazo contractualmente establecido los requerimientos de aclaración o de información que le formuló la Entidad Concedente por la no entrega de la información solicitada respecto de la modificación de control, vulnerando lo dispuesto en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión.
4. No constituir oportunamente las garantías mínimas exigidas en el contrato de Concesión, vulnerando lo dispuesto en las cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión.
5. No contar con el contrato de Asistencia Técnica Operativa, vulnerando lo dispuesto en la cláusula 13 del Contrato de Concesión y los numerales 2.4.3. y 2.5.3 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
6. No haber presentado informe mensual detallado del estado de avance ni haber asistido a las revisiones semestrales previstas en el Plan de

⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA- SUBSECCIÓN A, Consejero Ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ, Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil trece (2013)

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Normalización, vulnerando lo dispuesto en la Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión.

Y de haberse incurrido en alguna de las conductas anteriormente descritas, revisar si existe algún eximente de responsabilidad que justifique la conducta desplegada por el Contratista de conformidad con las previsiones legales y contractuales del caso.

Así pues, se procede al desarrollo del problema jurídico como se indica a continuación:

4.3.1. Respetto de la violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el contrato de Concesión No. 09-CONP-98 sin autorización de la entidad concedente.

Indica el apoderado del Concesionario que no es cierto que en FDP se haya presentado ninguna violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria, pues si bien la sociedad ha tenido de manera reciente un cambio en su administración, ello no lo es de ninguna forma por la enajenación de la propiedad accionaria de FDP.

Indica también que en diversas comunicaciones el Concesionario le ha aclarado a la ANI que la sociedad concesionaria de la Red Férrea del Pacífico – FDP no ha cambiado su composición accionaria dado que conserva los mismos accionistas reportados a la ANI y que el cambio de administración que surgió en FDP en el mes de noviembre de 2016 se dio en razón de la compra de las acciones de Fenwick Group Corp. en Panamá, sociedad que no es la concesionaria de la Red Férrea del Pacífico, operación comercial que no implica la cesión del contrato de concesión, tal y como sucedió en su entonces entre Tren de Occidente S.A. y Ferrocarril del Oeste S.A. en el año 2008, o que los accionistas de FDP hayan vendido sus acciones modificando el componente accionario del concesionario.

Señala también que, respecto a la posible vulneración por falta de cumplimiento del deber de información respecto de la modificación de control, no existe en el contrato de concesión ni en los pliegos de condiciones un deber de información en tal sentido con relación a las empresas Fenwick Group Corp. y Fenwick Colombia S.A.S., ajenas al contrato de concesión.

Finalmente indica que FDP informó a la ANI la composición accionaria actual de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., con el fin de establecer que el patrimonio neto de los accionistas que contribuyen con el patrimonio que se estableció en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones se mantiene, con fundamento en lo establecido en la cláusula número 13.15 del Contrato de Concesión.

Ahora bien, respecto de las normas incumplidas, afirma el apoderado que no puede hablarse de un incumplimiento de la cláusula 2.1.6.2, literal a) del pliego de

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

condiciones dado que la transferencia de acciones de dicha sociedad no es del alcance de la ANI y tampoco corresponde un contrato de cesión de contrato de concesión ni cesión de la parte proponente. También señala que, con relación al presunto incumplimiento de la cláusula 2.7 del Pliego de Condiciones tampoco se ha presentado incumplimiento alguno por cuanto una cosa es el contrato de cesión entre partes y otra el contrato de venta parcial de acciones entre los miembros proponentes, actos jurídicos que no se pueden equiparar pues con la cesión efectivamente se desprende de su posición de proponente, con la venta de acciones entre integrantes del proponente sigue siendo parte sin que se afecte la capacidad patrimonial del grupo proponente.

Igualmente indica que al no ser el contrato estatal de aquellos identificados como *intuitu personae* no se requiere la autorización de la identidad estatal para la enajenación de acciones de la persona jurídica contratista y que en todo caso, la ANI nunca objetó los estatutos de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., generando la confianza legítima de haber sido autorizado por la ANI en los estatutos de constitución de la sociedad Ferrocarril del Oeste S.A. y su transformación a la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S.

Por el contrario, considera que el incumplimiento descrito por la ANI le debería ser atribuible por omisión al no verificar en su entonces el cumplimiento de dichas obligaciones para suscribir la cesión del contrato de concesión y luego del 10 de julio del 2008 fecha en que la ANI reconoció mediante otrosí 15 la cesión de un bloque del contrato de Tren de Occidente a Ferrocarril del Oeste S.A.

Finalmente, respecto a este tema solicita el apoderado del Concesionario que, de resultar probada la violación en la cláusula 2.1.6.2, literal a) de los Pliegos de Condiciones, deberá la ANI restituir al concesionario y a las sociedades que han ostentado dicha condición, la suma de dinero que en virtud del contrato de concesión han invertido y se proceda al pago de las indemnizaciones por el pago de los perjuicios que dicha determinación del contacto le pueda generar.

Revisados los argumentos expuestos por el Concesionario, corresponde determinar a esta Agencia si efectivamente se ha violado el regimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, o si por el contrario se trata simplemente de un cambio de administración.

Para resolver ello en primer lugar hay que resaltar que el Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, en el numeral 2.1.6.2., literal a) del Pliego de Condiciones dispone:

"a) Acreditar la suscripción de la promesa de contrato de sociedad para la constitución de una sociedad mercantil que tenga como objeto único la suscripción y ejecución del contrato de concesión en licitación, en la que se prevea para la sociedad futura un término mínimo de duración por lo menos igual al término del contrato de concesión y tres (3) años más y se restrinja la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social de los

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

asociados de manera concordante con lo exigido por el numeral 2.7 del presente pliego de condiciones" (Subrayado fuera del texto inicial).

A su turno, el numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones establece:

"(...) Sin perjuicio de lo anterior, la calidad de proponente o la calidad de sociedades o personas integrantes del proponente podrá ser cedida entre las partes o a un tercero a discreción de los integrantes del proponente en cualquier tiempo a partir de la adjudicación del contrato de concesión y hasta su ejecución total siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

(...)

iv) Que medie la aceptación expresa y escrita de FERROVIAS, quien unicamente podrá negar su autorización cuando encuentre acreditadas causales de incompatibilidad o inhabilidad en el cesionario o cuando evidencie la afectación de la capacidad patrimonial de grupo proponente" (Subrayado fuera del texto inicial).

De ello se desprende que, de conformidad con lo contractualmente pactado, los accionistas de la sociedad concesionaria no pueden sustraerse de la obligación contenida en el pliego de condiciones en la cláusula 2.1.6.2 literal a) y en la 2.7., mediante las cuales se obligaron a limitar su facultad de enajenar libremente sus acciones, por lo que no pueden hacerlo sin haber cumplido con el procedimiento de la cláusula 2.7. Lo anterior con la finalidad de que la Entidad pueda revisar si los cambios en la composición accionaria producen una afectación a la capacidad patrimonial del grupo de accionistas y que en este sentido, se garantice la capacidad financiera mínima exigida en el pliego de condiciones.

Así pues, no resulta válido el argumento expuesto por el apoderado del Concesionario cuando señala que en razón a que el contrato estatal no es *intuitu personae* no se requiere autorización de la ANI para la enajenación de acciones, pues como resulta de la simple lectura del Pliego de Condiciones -que se recuerda hace parte del Contrato de Concesión según la cláusula 146- sí se exige la referida aprobación, por lo que ahora no puede el Concesionario pretender desconocer dicho acuerdo contractual.

Ahora, si bien el Concesionario ha venido manifestando a lo largo de toda la actuación administrativa sancionatoria que no ha cambiado su composición accionaria, ya que conserva los mismos accionistas presentados durante la última proforma 5 y que *"si bien ha podido variar el número de acciones y el porcentaje de participación accionaria de cada uno de los socios, es necesario precisar que dicha variabilidad hace caso a las operaciones económicas realizadas al interior de la compañía según la regulación comercial aplicable"*; dentro del expediente no obra prueba alguna que de cuenta de dicha información pues lo informado mediante oficio con radicado ANI No. 2016-704-038241-1 del 7 de diciembre de 2016 no se encontraba certificado por el revisor fiscal del concesionario, como fue requerido por la Entidad.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Adicional a ello, si bien la Entidad ha conminado al Concesionario en diversas oportunidades para que, ante la evidencia de una violación al régimen de enajenación accionaria rindiera las explicaciones correspondientes, tal como se efectuó mediante oficio con radicado ANI No. 2017-704-000144-1 del 4 de enero de 2017 y No. 2017-704-005079-1 del 21 de febrero de 2017, el Concesionario no ha radicado ante la ANI la Proforma 5, necesaria para acreditar lo solicitado por la Entidad.

Incluso mediante el oficio con radicado ANI No. 2017-409-044298-2 del 28 de abril de 2017, el Concesionario señaló que *"en el momento ha sido imposible para FDP reunir la información requerida en la Proforma 5 del Contrato de Concesión, dado que los accionistas de la Compañía se tornan renuentes en remitir la información requerida para su elaboración."*

Así pues, las solas afirmaciones del Concesionario relativas a que únicamente se ha dado un cambio de administración sin que ello implique el cambio de composición accionaria pues se trata de los mismos accionistas, no resultan suficientes para determinar que efectivamente y tal como lo señala FDP se trata de una simple variación en el número de acciones.

Para la Agencia, la modificación a la composición accionaria ocurre así cambie el porcentaje de participación entre los mismos accionistas como efectivamente ocurrió en FDP por cuenta de las capitalizaciones realizadas, hecho que coloca a la sociedad dentro del supuesto de modificación de su composición accionaria y por tanto obligada de solicitar la autorización de la ANI.

Por el contrario, considera esta Agencia que ante la falta de acreditación de los documentos señalados, es dable entender que sí ha ocurrido un cambio en la composición accionaria sin el cumplimiento de los requisitos exigidos contractualmente, pues la variación en el número de acciones y el porcentaje de participación accionaria de cada uno de los socios, es efectivamente una variación en la composición accionaria y para ello, debió haberse cumplido con los requisitos previstos en la cláusula 2.7. del pliego de condiciones que hace parte integral del Contrato de Concesión, esto es, haber mediado autorización expresa de la Entidad concedente. Así pues no resulta de recibo el argumento del concesionario cuando manifiesta que una cosa es el contrato de cesión y otra la venta parcial de acciones, pues si bien ello es cierto, no corresponde a la realidad de la ejecución contractual actual en la que efectivamente se observa que hubo un cambio en la composición accionaria sin la autorización debida.

Según la información proveniente de la Superintendencia de Puertos y Transporte que reposa al interior de la actuación administrativa, no se trató de una modificación de la composición accionaria proveniente de una venta de acciones sino de una capitalización. Así pues, la modificación de la composición accionaria ocurrió por la capitalización efectuada.

En este mismo sentido, durante la declaración de parte el Representante Legal del Concesionario señaló lo siguiente:

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

"Ferrocarril del Pacífico sigue manteniendo los mismos accionistas con la misma capacidad patrimonial y con el mismo patrimonio, esa información se le envió a la Agencia Nacional de Infraestructura, informándole que en la proforma 5 los Socios siguen siendo los mismos y en donde siguen manteniendo su patrimonio, es más a la Agencia Nacional de Infraestructura se le pidió hace aproximadamente un mes la posibilidad de que uno de los socios pudiera enajenar las acciones y la Agencia Nacional de Infraestructura respondió que en este momento no era posible, entonces no accedieron a la enajenación de las acciones, por consiguiente Ferrocarril del Pacífico sigue teniendo los mismos socios que se informaron a la Agencia Nacional de Infraestructura; en el momento que se pidió la posible enajenación de esas acciones siguen manteniendo su patrimonio o mejor dicho el patrimonio que se informa y que se le ha informado a la ANI hasta el momento. Entonces no hubo enajenación de acciones."

Sin embargo no aporta prueba sumaria alguna de sus manifestaciones que le permitan concluir a esta Entidad que efectivamente no ha existido violación al regimen de enajenación accionaria.

Por el contrario, pese a que el Concesionario no entregó la información requerida por la Entidad, obra en el expediente una serie de comunicaciones – radicados ANI No. 2016-409-080117-2 del 15 de diciembre de 2016 y No. 2016-409-009490-2 del 27 de diciembre de 2016- a través de las cuales los socios minoritarios ponen de presente la situación de cambio de composición accionaria con posible violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria y de acreditación de la capacidad financiera, así como copia del Acta No. 41 de la Asamblea de Accionistas, remitida por la Superintendencia de Puertos y Transporte, de la que se concluye que la información de la situación de control de la sociedad Fenwick Colombia S.A.S., no presenta una situación clara para la Agencia ni para los accionistas de la sociedad FDP ni para los terceros, pues en la misma consta la manifestación del representante legal de FDP, señor Gustavo Giraldo Chavarría, también de la sociedad Taller Industrial Ferrocarril de Antioquia donde señala que él es el dueño-controlante de la sociedad Fenwick Colombia S.A.S.

Adicionalmente también obra dentro de la presente actuación administrativa como prueba, el certificado de existencia y representación legal de la sociedad FDP, remitido por el Concesionario, en el que consta que fue inscrita la siguiente situación de control, en donde obra como sociedad matriz la sociedad Fenwick Group Corp. con domicilio en la República de Panamá y como sociedad subordinada la sociedad FDP indicando como presupuesto de control el siguiente:

"Que se configuró la situación de control directo por parte de la matriz en Fenwick Colombia S.A.S. debido a que la matriz posee el 51% de su capital social e indirecto frente a la subordinada debido a que Fenwick Colombia S.A.S. posee el 77% de su capital social y el 78% de los derechos políticos en la asamblea general de accionistas."

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

La anterior información, de acuerdo con lo certificado por el representante legal de FDP mediante comunicación radicada con el No. 2016-409-119288-2 del 26/12/16 en respuesta al oficio No. 2016-704-038241-1 del 7/12/16, no corresponde a la realidad del control sobre FDP.

Así pues, resulta también a lo largo de la presente actuación administrativa sancionatoria que el Concesionario no pudo desvirtuar la conclusión a la que arribó la ANI, indicada en el hecho relacionado en el numeral 24.1.11 de la citación remitida a las partes a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en donde se señala:

"Según informó el representante legal de FDP, la sociedad FENWICK COLOMBIA S.A.S., tiene una participación accionaria del 99.63% y no del 77% como consta en el referido certificado de existencia y representación legal. Tampoco concuerda con la información reportada por el representante legal de la sociedad Taller Industrial Ferrocarril de Antioquia, que informó a la ANI que el controlante de FDP era la sociedad IWL Capital LLC, accionista único de la sociedad Fenwick Group Corp, quien según informó es el accionista mayoritario en la sociedad Fenwick Colombia S.A.S., la que a su vez es la socia mayoritaria de la sociedad FDP. Tampoco consta en el certificado de existencia y representación legal de FDP la adquisición del control societario que dice ostentar la sociedad Taller Industrial Ferrocarril de Antioquia."

Por otra parte, también es importante resaltar que en relación a este incumplimiento, la Superintendencia de Puertos y Transporte, tal como lo informó mediante el oficio No. 2017-704004537-1 del radicado en la Agencia el 16 de febrero de 2017, se encuentra adelantando tres investigaciones administrativas por la presunta transgresión al artículo 46 de la Ley 336 de 1996.

Ahora, respecto de la afirmación efectuada por el apoderado del Concesionario consistente en que la ANI nunca objetó los estatutos de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. generando así la confianza legítima de haber sido autorizados por la Entidad, y que por el contrario, el incumplimiento descrito por la ANI le debería ser atribuible por omisión al no verificar en su entonces el cumplimiento de dichas obligaciones para suscribir la cesión del contrato de concesión y luego del 10 de julio del 2008 fecha en que la ANI reconoció mediante otrosí 15 la cesión de un bloque del contrato de Tren de Occidente a Ferrocarril del Oeste S.A., debe esta Entidad indicar que el mismo no resulta ser procedente como a continuación se pasa a exponer.

En primer lugar, hay que señalar que la voluntad societaria incluida en los estatutos de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., constituyen reglas vinculantes relativas, en razón a que las mismas siguiendo el principio de la relatividad de los contratos, solo se aplican en la órbita de las relaciones entre las partes del contrato de sociedad, es decir entre los accionistas. Ahora bien, la celebración del contrato de

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

sociedad, es una obligación contractual que adquirieron los proponentes al momento de ser adjudicado el contrato de concesión a su favor.

En este sentido, a la ANI no le asiste la competencia legal para autorizar los estatutos de la sociedad Ferrocarril del Pacífico, solo le corresponde determinar el cumplimiento o no de las obligaciones nacidas del contrato de concesión y del pliego de condiciones, que como es el caso, determinan conductas aplicables a los proponentes accionistas (vinculados al cumplimiento del contrato y del pliego de condiciones) en el desarrollo de sus relaciones jurídicas al interior del ente societario y en el marco del cumplimiento del objeto del contrato de concesión.

En Segundo lugar se debe decir que el contrato de concesión es un contrato solemne que no se modifica sino por un acto igualmente solemne que represente la voluntad de los obligados contractualmente a su cumplimiento y ejecución. Los actos y negocios jurídicos que realicen los accionistas y el concesionario, deben en todo momento tener como reglas vinculantes las previstas en el contrato de concesión y en el pliego de condiciones o en sus modificaciones.

Por ende, las relaciones entre los contratantes del contrato de concesión no se rigen por la confianza legítima, tratándose de un contrato solemne, las relaciones vinculantes de las partes devienen de lo expresamente previsto en el contrato.

Aspi, la no previsión en los estatutos de las reglas relativas a la negociación de las acciones de la sociedad, no invalidan la existencia de las cláusulas del contrato de concesión que preveen las reglas para la enajenación de la participación accionaria y las limitaciones allí contenidas y que rigen las relaciones entre la ANI, el concesionario y los proponentes quienes no obstante la celebración del contrato de sociedad, se encuentran individualmente vinculados también a su cumplimiento en virtud de lo dispuesto en la ley.

La inclusión de esas reglas y las limitaciones en los estatutos de la sociedad son la primera manifestación de parte del concesionario de su voluntad de cumplimiento de las estipulaciones que frente a las condiciones de enajenación de las acciones tiene previsto el contrato de concesión y facilitan su cumplimiento, al reflejar frente a los accionistas de la sociedad y en sus relaciones internas, las obligaciones contraídas por estos y por la sociedad frente a la ANI, pero de ninguna manera constituyen nuevas reglas ni su omisión en el contrato de sociedad, excusa a los accionistas o al concesionario de su cumplimiento frente a la ANI, por derivarse expresamente del contrato de concesión.

En este sentido, el incumplimiento de las obligaciones por parte del concesionario se predicen respecto de su deber de solicitar autorización previa y escrita de parte de la ANI para efectuar la modificación de su composición accionaria y es ese incumplimiento el que genera la revisión y análisis de las cláusulas contractuales del contrato de sociedad, contenidas en los estatutos.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

No puede ahora el concesionario, excusarse de haber cumplido la obligación contractual de solicitar autorización previa para la modificación de la composición accionaria, en no haberse incluido el reflejo de las obligaciones del contrato de concesión en el contrato de sociedad, cuando ha sido clara la posición de la ANI de que esta obligación es aplicable tanto al concesionario como a los accionistas antes proponentes quienes se obligaron social e individualmente al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de concesión.

En tercer lugar, es importante resaltar que ya en una oportunidad previa a la modificación de la composición accionaria realizada sin el cumplimiento de los requisitos previstos en el contrato de concesión y que hoy es objeto del incumplimiento contractual del concesionario, la sociedad concesionaria Ferrocarril del Pacífico había cumplido con la obligación contractual de solicitar la autorización previa para la modificación de la composición accionaria, la cual se llevó a cabo con el cumplimiento de los requisitos previstos en el contrato de concesión y en el pliego de condiciones, por lo que parece extraño que hoy desconozca la obligación del cumplimiento de los requisitos previstos en el contrato, aludiendo una modificación del mismo por cuenta de la no inclusión de la limitación en los estatutos sociales.

En consonancia con lo ya manifestado y teniendo en cuenta que tal como quedo ampliamente probado a lo largo de la presente actuación, el Concesionario no informó acerca del cambio de control, ni cumplió con el deber de información que tenía para con la ANI, ni ha contestado los múltiples requerimientos realizados por la ANI respecto de la enajenación accionaria, razón por la cual tampoco está llamado a prosperar el argumento incoado por Chubb Seguros Colombia S.A. cuando señala que se presentó la agravación del riesgo al no haberse informado a la aseguradora respecto del cambio en la composición accionaria, situación que tampoco resultaba clara para la ANI y que por tanto no le era exigible fuera informada a la compañía aseguradora.

Así pues, a partir de toda la argumentación presentada, resulta probado para esta Entidad que la Sociedad accionista Fenwick Colombia S.A.S., no informó acerca del cambio de control, como tampoco la sociedad concesionaria cumplió con el deber de información que tenía para con la ANI, ni ha contestado los múltiples requerimientos realizados por la ANI respecto de la enajenación accionaria, por lo que corresponde declarar el incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula 2.1.6.2 literal a) y el numeral 2.7, numeral romano IV) del Pliego de condiciones, lo que se constituye en un incumplimiento que afecta de forma grave el contrato de concesión pues no se le permitió a la ANI realizar los análisis correspondientes a la afectación de la capacidad patrimonial exigidos en el contrato.

4.3.2. Respecto de la falta de acreditación de la capacidad financiera, generando el incumplimiento de lo dispuesto en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones del Contrato del Concesión.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Durante la presentación de sus descargos, el apoderado del Concesionario señaló que Ferrocarril del Pacífico sí ha cumplido con lo dispuesto en el literal a) del numeral 2.6 del pliego de condiciones, dado que las personas naturales y jurídicas que integran la sociedad FERROCARRIL DEL PACIFICO S.A.S. poseen conjuntamente patrimonio neto mayor a 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América, tal como se acredita conforme a lo establecido en el contrato de concesión según la última proforma 5 radicada en la ANI, puesto que no han variado los accionistas y para la comprobación del patrimonio neto que tienen habrá de esperarse las respectivas aprobaciones de asamblea para el cierre del ejercicio contable del año 2016 el cual se encuentra en curso en todo Colombia.

Al respecto, resulta pertinente recordar en primer lugar, lo señalado en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.6. CAPACIDAD ECONOMICA DEL PROPONENTE

El Proponente deberá acreditar capacidad económica y se considerará que cumple con este requisito:

c) Cuando las personas naturales o jurídicas que lo integran posean conjuntamente un patrimonio neto de treinta millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$30.000. 000.00) ó

d) Cuando una de las personas naturales o jurídicas que lo integran posea un interés que represente más del treinta y tres por ciento (33%) de participación en la sociedad concesionaria y demuestre poseer como mínimo un patrimonio neto de treinta millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$30.000. 000.00) o su equivalente en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado certificada por la Superintendencia Bancaria para la fecha de apertura de la presente licitación.

La determinación del patrimonio neto aquí previsto se sujetará a las siguientes condiciones:

(...)

La capacidad en los términos del presente numeral se acreditará únicamente mediante el diligenciamiento de la PROFORMA 5 del presente pliego, en la cual se consignará el patrimonio neto total acreditado por el proponente, siguiendo las instrucciones allí incluidas. Dicho anexo no deberá venir acompañado de los estudios financieros de cada una de las entidades que se hayan relacionado sin perjuicio de lo cual FERROVIAS, al momento de la evaluación podrá solicitar la remisión de información contable certificada por un auditor externo o por un revisor fiscal si así lo considera conveniente.

Dicha proforma deberá ser suscrita por los representantes legales de la entidad o entidades proponentes respecto de los cuales se incluye información en tal

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

proforma y venir certificada por un revisor fiscal o por un auditor, cuya firma implicará que este garantiza:

- 6. Que la información que se consigna en la proforma ha sido tomada de los estados financieros de los integrantes del proponente, preparados conforme a las normas y principios generales de contabilidad*
- 7. La razonabilidad de la información incorporada por el proponente o por los diferentes integrantes del proponente*
- 8. La constancia de la información incorporada por el proponente o por los diferentes integrantes del proponente y*
- 9. Que los resultados incorporados se establecieron de conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados*
- 10. Si alguna de las personas que integran el grupo proponente se encuentra adelantando procesos concordatorios, ha sido declarado el estado de quiebra ha cesado en sus pagos con terceros o si existen procedimientos judiciales o administrativos en su contra que busquen dicha declaración.*

Adicionalmente el auditor deberá manifestar las contingencias que puedan afectar los derechos ciertos revelados en los activos, así como las contingencias por pasivos probables no revelados que afecten la situación futura de la entidad durante el tiempo que transcurra entre la fecha del corte y la fecha de presentación de la propuesta. Igualmente deberá revelar cualquier situación que pueda implicar posibles cambios materiales que afecten de manera adversa el valor del patrimonio neto incorporado al formato y especialmente aquellas que surjan con posterioridad al corte del ejercicio ó que pueda implicar posibles cambios materiales que afecten de manera adversa el valor del patrimonio neto incorporado al formato y especialmente aquellas que surjan con posterioridad al corte del ejercicio del cual se ha tomado la información, hasta la fecha de presentación de la propuesta".

De lo anterior resulta claro que entre otras opciones, el Proponente y posteriormente el concesionario, cumple con el requisito de acreditar la capacidad económica cuando las personas naturales o jurídicas que lo integran poseen conjuntamente un patrimonio neto de treinta millones de dólares de los Estados Unidos de América (\$US 30.000.000).

Revisada la obligación en cabeza del Concesionario, corresponde a esta Agencia determinar, de conformidad con el cargo imputado, si efectivamente en el marco de la actuación administrativa sancionatoria se logró acreditar la capacidad financiera del contratista.

Previamente, resulta relevante para determinar si existe o no incumplimiento, resaltar el hecho de que obran en el expediente las comunicaciones No. 2016-409-104168-2 del 16 de noviembre de 2016, remitida por los socios minotarios de la Sociedad Ferrocarril Del Pacífico S.A.S.; No. 2016-409-080117-2 el 15 de diciembre de 2016, remitido por la sociedad G & G S.A. en su calidad de socio minoritario de FDP; y No. 2016-409-119490-2 el 27 de diciembre de 2016, remitida por Fernando

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Garcés Lloreda, socio minoritario de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S.; debidamente incorporadas como pruebas dentro de la presente actuación, comunicaciones mediante las cuales se advierte el incumplimiento de FDP de la obligación de acreditar los indicadores de patrimonio mínimo exigido, sin que el Concesionario haya podido desvirtuar la situación puesta de presente por los socios minoritarios del Contratista mediante las referidas comunicaciones.

También es pertinente mencionar que si bien el Concesionario dio respuesta a la comunicación radicada con el No. 2016-307-041208-1 del 30 de diciembre de 2016, a través del cual la Agencia requirió al Concesionario para que explicara qué accionista(s) cumple(n) con el requisito establecido en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones, respuesta remitida mediante documento con radicado ANI No. 2017-409-010718-2 del 01 de febrero de 2017, también es cierto que en dicha respuesta no se indicó claramente quién o quiénes eran los socios que acreditaban la capacidad financiera del Concesionario, y por el contrario, se comprometieron a remitir a la ANI la proforma 5 -documento necesario para la referida acreditación- una vez finalizada la operación económica necesaria para enervar la causal de disolución por pérdidas, proforma que a la fecha no reposa en el expediente de la presente actuación administrativa sancionatoria.

Adicional a lo anterior, informó en sus descargos el apoderado del Concesionario - recibidos en audiencia del 5 de mayo de 2017- que *"para la comprobación del patrimonio neto que tienen, habrá de esperarse las respectivas aprobaciones de asamblea para el cierre de ejercicio contable del año 2016 el cual se encuentra en curso en todo Colombia"*, lo que demuestra una vez más que el Concesionario no ha acreditado ante esta Entidad la capacidad financiera del proponente en los términos contractualmente exigidos.

Igualmente, mediante oficio con radicado ANI No. 2017-409-044298-2 del 28/04/2017, incorporado a la presente actuación administrativa mediante auto emitido en audiencia del 02 de junio de 2017, el Concesionario manifestó en relación con esta situación lo siguiente:

*"en el momento **ha sido imposible para FDP reunir la información requerida en la proforma 5 del Contrato de Concesión**, dado que los accionistas de la compañía se tornan renuentes en remitir la información requerida para su elaboración. Actualmente, solo 5 de los 30 accionistas han presentado a FDP sus estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2016; por ende, **la información reunida no es suficiente según los términos establecidos por la última proforma**. Así mismo, el fallecimiento del señor Julio Montes, ha retrasado la remisión de la información financiera de las sociedades Ferroviaria Oriental y Ferroviaria Andina de Bolivia y adelantar los trámites necesarios para demostrar la intención de estas empresas en ser socias de FDP, cumpliendo así las condiciones previamente acordadas según términos del Contrato de Concesión."* (Negritas fuera de texto.)

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

De la información aportada por el Concesionario el 28 de abril de 2017, anteriormente citada, se desprenden dos cosas:

1. La afirmación concreta y clara de parte del Concesionario respecto de la imposibilidad de presentar la Proforma 5 del Contrato de Concesión, proforma que en términos del numeral 2.6 del Pliego de Condiciones es el único medio para acreditar la capacidad en los términos del referido numeral.
2. La posibilidad de que sólo ante la vinculación como socios de las sociedades Ferroviaria Oriental y Ferroviaria Andina de Bolivia -situación que valga la pena aclarar aún no ha sucedido-, se pueda acreditar la capacidad financiera exigida al proponente.

En este sentido, no entiende la ANI, en calidad de concedente, cómo el apoderado del Concesionario pudo afirmar en los descargos presentados el pasado 5 de mayo, que el Concesionario viene cumpliendo con la obligación de acreditar la capacidad financiera pues poseen conjuntamente un patrimonio neto mayor a \$US 30.000.000, cuando 5 días antes, a través de la radicación del referido oficio No. 2017-409-044298-2, informó sobre la imposibilidad de presentar la Proforma 5, medio idóneo para probar el cumplimiento de dicha obligación, proforma que se reitera a la fecha no ha sido presentada a la Entidad.

En conclusión, se observa que si bien el apoderado del Concesionario manifestó durante la presentación de sus descargos que FDP ha cumplido con lo dispuesto en el literal a) del numeral 2.6 del pliego de condiciones al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, dado que las personas naturales y jurídicas que integran a la sociedad FERROCARRIL DEL PACIFICO S.A.S. poseen conjuntamente patrimonio neto mayor a 30 millones de dólares de los Estados Unidos de América, se observa que, a lo largo de la actuación administrativa el apoderado del Concesionario no logró desvirtuar el cargo imputado pues efectivamente, a la fecha de expedición del presente acto administrativo, no ha acreditado la capacidad económica de quien lo integra, incumpliendo así con la obligación contenida en el referido numeral 2.6. del Pliego de Condiciones.

4.3.3. Respetto del incumplimiento a la obligación de responder en el plazo contractualmente establecido los requerimientos formulados por la ANI respecto de la modificación de control, generando el incumplimiento de lo dispuesto en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión.

Indicó el apoderado del Concesionario que la Sociedad Ferrocarril Del Pacifico S.A.S. no ha incumplido por falta de entrega la información solicitada por la Entidad respecto de la modificación de control, pues dentro del término correspondiente la sociedad concesionaria informó a la ANI mediante comunicaciones con radicado No. 2016-409-119288-2 del 26/12/2016 y No. 2017-409-010718-2 del 01/02/2017 que en efecto, FDP no ha cambiado su composición accionaria dado que conserva los mismos accionistas reportados a la ANI, y se ha manifestado que el cambio de

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

administración, no de accionistas, que surgió en FDP en el mes de noviembre de 2016 se dio en razón a la compra de las acciones de Fenwick Corp. Panamá, sociedad accionista mayoritaria de la sociedad Ferrocarril De Colombia S.A.S., quien a su vez es la accionista mayoritaria de Ferrocarril del Pacífico S.A.S.; aclarándole que esta operación comercial no implica la cesión del contrato de concesión o que se haya modificado el componente accionario del Concesionario.

Una vez revisado el acervo probatorio, se encuentra que tal como lo manifiesta el apoderado del Concesionario el oficio con radicado ANI No. 2016-704-038241-1 del 07 de diciembre de 2016 se contestó mediante la comunicación No. 2016-409-119288-2 del 26 de diciembre de 2016, y a su turno, el oficio con radicado ANI No. 2016-307-041208-1 del 30 de diciembre de 2016 fue atendido con el documento No. 2017-409-010718-2 del 01 de febrero de 2017.

Ahora bien, a efectos de determinar si efectivamente hubo o no incumplimiento a la obligación contemplada en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, que contempla la obligación en cabeza del Concesionario de responder en un plazo máximo de veinte (20) días corrientes, los requerimientos de aclaración o de información que le formule FERROVÍAS, actualmente la ANI, resulta necesario revisar el contenido de la solicitud efectuada por la Entidad así como la respuesta remitida por FDP, pues no basta cumplir con la formalidad de atender una solicitud, sino que la misma sea resuelta íntegramente, sin que ello implique, la exigencia de emitir respuestas en cierto sentido.

Así pues, mediante oficio con radicado ANI No. 2016-704-038241-1 del 07 de diciembre de 2016 la ANI requirió al Concesionario para que:

1. Presente un informe sobre la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala - Vecturis, y la sociedad concesionaria, y en caso de que dicha información sea cierta, indique la forma en que el grupo responderá por el cubrimiento del riesgo que puede generar dicha modificación.
2. Presente la composición accionaria actual de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., certificada por el respectivo revisor fiscal, teniendo en cuenta la adquisición de acciones de la sociedad Fenwick Group Corp.
3. Aporte las proformas requeridas, relativas al posible cambio de Asistente Técnico Operativo.
4. Allegue la póliza de cumplimiento en las condiciones señaladas en el numeral 2.5.4 del Pliego de Condiciones.

En su documento de respuesta, Radicado ANI No. 2016-409-119288-2 del 26 de diciembre de 2016, la Sociedad Concesionaria señala, en términos generales, que FDP no ha cambiado su composición accionaria pues conserva los mismos accionistas y si bien ha variado el número de acciones y el porcentaje de participación de cada uno de los socios, dichos cambios atienden a las operaciones económicas de la compañía. Así mismo, presenta la lista de accionistas sin certificación del revisor fiscal, no sin antes mencionar que se está realizando el

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

trámite de verificación de aquél, a efectos de cumplir con los requisitos contractuales. Finalmente indica que se está estudiando la posibilidad de cambiar el Asistente Técnico Operativo, no obstante mencionar que el actual sigue siendo responsable ante la ANI en los términos de la Proforma 7, y que una vez se concreten las negociaciones para el cambio de Asistente Técnico Operativo, se remitirán a la ANI las proformas requeridas así como la póliza de cumplimiento.

De la respuesta dada por parte del Concesionario al requerimiento efectuado por la ANI resulta claro que no se remitió el informe requerido sobre la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala - Vecturis y la sociedad concesionaria, pese a haberse advertido la importancia que sobre el cubrimiento del riesgo puede generar dicha modificación; y si bien se presentó una lista con los accionistas de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., la misma no se encontraba certificada por el respectivo revisor fiscal tal como fue solicitada por la Agencia.

En atención a este vacío en la respuesta solicitada, se entiende que la ANI se haya visto en la necesidad de reiterar la solicitud inicialmente efectuada mediante radicado ANI No. 2016-307-041208-1 del 30 de diciembre de 2016, mediante la cual además de reiterar la solicitud de información respecto de la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala - Vecturis, y la sociedad concesionaria, así como la forma en que el grupo responderá por el cubrimiento del riesgo que puede generar dicha modificación, se requirió también al concesionario para que indicara qué accionista o accionistas cumple(n) con el requisito establecido en el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones, con la variación en la composición accionaria informada.

Ante dicha reiteración de información, así como la nueva solicitud de certificación de quién va a acreditar el cumplimiento del requisito establecido en el referido numeral 2.6, el Concesionario mediante radicado ANI No. 2017-409-010718-2 del 01 de febrero de 2017, informó a esta Entidad que ni el Concesionario ni la ANI están legitimados por activa o por pasiva para realizar cualquier tipo de afirmación o aceptación respecto del enunciado conglomerado, e indicó que se remitiría a la ANI la proforma 5 una vez finalizada la operación económica relativa a la emisión del reglamento de suscripción de acciones para enervar la causal de disolución de pérdidas.

De lo reseñado resulta claro para esta Entidad que no se dió respuesta a la solicitud de información efectuada por la ANI respecto de la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala - Vecturis, y la sociedad concesionaria; tampoco se remitió la composición accionaria actual de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., certificada por el respectivo revisor fiscal; ni mucho menos se indicó, como quedó demostrado en el numeral anterior del presente acto administrativo, que se hubiese remitido la información correspondiente a la acreditación financiera para lo que se requiere la Proforma 5 del Pliego de Condiciones.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Adicionalmente, si bien en ambas comunicaciones solicitó el Concesionario la plena aplicación de la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión para responder en un plazo de 20 días, lo cierto es que ni siquiera en el plazo solicitado presentó el Concesionario la información requerida.

En conclusión, para esta Entidad el presente incumplimiento no se trata, como lo pretende hacer ver el Concesionario, de un juicio de valor efectuado por la ANI ni de requerimientos efectuados al contratista por fuera de su competencia, pues en primer lugar, la información solicitada se da con ocasión de la adquisición de acciones de la sociedad Fenwick Group Corp. por lo que corresponde a la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. emitir la información requerida por la ANI en su calidad de entidad concedente; y en segundo lugar, resulta del simple cotejo entre la solicitud efectuada y la respuesta dada que hay requerimientos que no fueron atendidos por el Contratista tales como la solicitud de información efectuada por la ANI respecto de la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala - Vecturis, la composición accionaria actual de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. certificada por el respectivo revisor fiscal; y la información correspondiente a la acreditación financiera – remisión de la Proforma 5 del Pliego de Condiciones.

En este sentido, esta Entidad debe declarar el incumplimiento de la obligación contemplada en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión por parte de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. por los argumentos anteriormente expuestos.

4.3.4. Respetto de la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas en el Contrato de Concesión, incumpliendo lo dispuesto en las cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión.

Respetto del presunto incumplimiento, afirma el apoderado del Concesionario que FDP ha obtenido y presentado a la ANI las pólizas de seguro exigibles según los términos del contrato de concesión y su período de normalización, de acuerdo con las exigencias que sobre el particular le hizo la ANI al concesionario y frente a estas no se ha recibido ningún oficio negando su validez por parte de la firma interventora de la concesión o de la ANI, pólizas que se relacionan a continuación:

- Póliza de responsabilidad civil extra contractual por 500 mil dólares.
- Póliza de todo riesgo la cual ampara los equipos entregados en los otrosíes 16,17 y 18 del contrato de concesión.
- Póliza de cumplimiento por valor de 5.843.267 dólares tal y como lo solicitó la ANI estando en vigencia el período de transición o normalización.

También señala el apoderado que, ante la negativa de la ANI en aceptar la prórroga del período de normalización se ha acudido de nuevo al mercado asegurador para obtener la póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, con un valor asegurado de 10 millones de dólares, que actualmente está siendo negociada

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

con la Compañía Chubb de Colombia, quien es la única compañía en el mercado asegurador que le es factible la emisión de dicha póliza, previa negociación de una serie de contragarantías.

No obstante, indica también que es deber del Concesionario insistir en que la determinación de la ANI en cuanto a que el contrato de concesión debe volver a las condiciones de asegurabilidad inicialmente pactadas es una determinación completamente arbitraria pues desconoce los acuerdos pactados en el otrosí 16, particularmente en su cláusula segunda, párrafo primero, pues FDP no tiene información respecto de la conformación del comité de regularización exigido para la modificación o confirmación de los valores asegurables en las garantías contractuales exigibles por el contrato de concesión; ni tampoco conoce FDP sobre el análisis de riesgos que debió haber hecho la ANI en compañía de la interventoría dentro del plazo establecido en el período de normalización en el que se debió revisar el monto y objeto de los contratos de seguros de la Concesión.

Alega también que la no suscripción del acta de la reunión llevada a cabo el 16 de marzo de 2017 entre funcionarios del Concesionario y la ANI, impidió que el Concesionario continuara con las gestiones de obtención de pólizas de seguro y recursos financieros que estaba adelantando y que fueron suspendidas en virtud de las declaraciones que el presidente de la ANI realizó en medios de comunicación desconociendo la actual administración de FDP como legalmente constituida.

También señala respecto de este tema de pólizas que, la póliza por USD\$5.000.000 "Cumplimiento del contrato de asistencia técnica" si bien se encuentra vencida, no es el Concesionario quien deba presentar una nueva pues tal requisito lo debe cumplir directamente el asistente técnico vigente para la concesión, el cual, para dichos efectos, no ha sido requerido por la ANI a diferencia de FDP.

Expuesta la posición del Concesionario corresponde determinar en primer lugar si resultaba válido exigir por parte de esta Entidad, el restablecimiento de las condiciones de asegurabilidad contempladas en las Cláusulas 70, 71, 72 y 73 del Contrato de Concesión 09-CONP-98 afirmando el regreso del Contrato de Concesión a sus condiciones contractuales de ejecución tal y como fueron pactadas; y en segundo lugar, determinar si a la fecha el Contrato de Concesión de la referencia cuenta con pólizas vigentes tal como lo manifiesta el apoderado del Concesionario.

A efectos de revisar la primera cuestión, esta es, la validez de la exigencia en el restablecimiento de las condiciones de asegurabilidad contempladas en las Cláusulas 70, 71, 72 y 73 del Contrato de Concesión, debe revisarse el oficio con radicado ANI No. 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016 mediante el cual se efectuó la referida exigencia, así como el No. 2017-307-007195-1 del 13 de marzo de 2017 mediante el cual se confirmó la decisión adoptada por la entidad respecto de no prorrogar el período de normalización.

Así pues, en la comunicación ANI No. 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016, la ANI clara y expresamente informó lo siguiente:

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

"Para que la Agencia procediera a revisar la posibilidad de prorrogar el periodo de transición, se requería que el concesionario informara a la Agencia cual es el estado actual y el nivel de cumplimiento de la ejecución del plan de inversión aprobado por la Entidad y cuál sería el "plan de proyección del Plan de Inversión de la actual administración junto con las necesidades contractuales de la compañía para la ampliación del periodo de transición" (...), el otrosí 16 establece la obligación al concesionario de informar mensualmente el avance del Plan de Normalización, informe que no fue aportado durante el presente año, por lo que resulta imposible, para la Agencia y la Interventoría, conocer oportunamente del estado de cumplimiento del Plan y la causa o causas que pudieran justificar una nueva prórroga."

También señaló que *"mediante las comunicaciones radicadas con los No. 2015-409-1186062 el 23 de diciembre y No. 2016-409-1198342 el 28 de diciembre de 2016, el concesionario solicitó tal ampliación; sin embargo, no presentó los soportes necesarios para que la Agencia pudiera aprobar la solicitud."*, situación que fue corroborada por la Interventoría del Contrato de Concesión mediante comunicación CTP-FDP-025-2016 con radicado ANI No. 2016-409-120585-2 del 29 de diciembre de 2016.

Así pues, se encuentra clara y justificada la decisión adoptada por la Agencia de no prorrogar el período de normalización y exigir a partir del 1 de enero de 2017 el restablecimiento de las condiciones de asegurabilidad contempladas en las cláusulas 70, 71, 72 y 73 del contrato de Concesión 09-CONP-98 pues como se observa, el Concesionario no presentó de manera oportuna y completa la información requerida para ello. Así pues, no resulta aceptable la posición del Concesionario de señalar que se trata de una actitud arbitraria de la Entidad.

Tan no es arbitraria la decisión adoptada por la ANI, que incluso en respuesta al "recurso de reposición" incoado contra el referido oficio No. 2016-307-041106-1, pese a no resultar procedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 80 de 1993, la entidad mediante oficio con radicado ANI No. 2017-307-007195-1 del 13 de marzo de 2017, a efectos de garantizar los derechos del Concesionario atendió la solicitud impetrada exponiendo una vez más y de forma aún más detallada, los motivos que la llevaron a concluir que no resultaba procedente expedir el correspondiente acto administrativo ordenando la suscripción del otrosí 19 para regular y aprobar la prórroga del período de normalización, pues el Concesionario no cumplió con su obligación de expresar y justificar las razones por las cuales consideraba necesaria la prórroga del Plan de Normalización.

En este orden de ideas, esta Agencia rechaza las afirmaciones del Concesionario cuando señala que se trata de una decisión arbitraria y sin fundamento la no prórroga del período de normalización, y por el contrario confirma una vez más, que ante la no prórroga, debía exigirse a partir del 1 de enero de 2017 el

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

restablecimiento de las condiciones de asegurabilidad contempladas en las cláusulas 70, 71 y 72 del contrato de Concesión 09-CONP-98.

También señala el apoderado del Concesionario que la ANI desconoce los acuerdos pactados en el otrosí 16, particularmente en su cláusula segunda, párrafos primero y segundo, pues FDP no tiene información respecto de la conformación del comité de regularización exigido para la modificación o confirmación de los valores asegurables en las garantías contractuales exigibles por el contrato de concesión; ni tampoco conoce FDP sobre el análisis de riesgos que debió hacer la ANI en compañía de la interventoría dentro del plazo establecido en el período de transición en el cual se debió revisar el monto y objeto de los contratos de seguros de la Concesión.

Frente a este argumento, debe indicarse que de la lectura del Otrosí 16 se desprende que el procedimiento establecido en la cláusula segunda, incluido el Comité de Regularización de que trata el párrafo primero de la referida cláusula, así como el análisis de riesgos de que trata el párrafo segundo, **se debe aplicar durante el período de transición** como textualmente lo señala la cláusula segunda donde las partes acordaron desarrollar y ejecutar el contrato de concesión en unas condiciones particulares.

Así mismo el párrafo primero de la cláusula segunda del contrato de concesión señala que "*en caso de que se verifiquen las condiciones y criterios, que según el experto contratado por las partes, permitan concluir que el Contrato se encuentra regularizado, **antes de la culminación del plazo establecido para el período de transición** ...*" y el párrafo segundo de la misma cláusula señala "*No obstante lo anterior, **durante el período de transición**, la Agencia, con el apoyo de la Interventoría, realizará un análisis de riesgos...*", de lo que se desprende que en los referidos párrafos se estableció un procedimiento para una situación contractual particular, esta es, durante el período de transición y antes de la culminación del plazo establecido para dar fin a tal período.

La situación contractual exigida en los apartes precitados del referido otrosí resulta ser diferente a la que se presenta en el caso objeto de estudio, por lo que no es válido que el Concesionario exija se acredite al interior de la actuación administrativa el cumplimiento de los referidos procedimientos establecidos en los párrafos primero y segundo de la Cláusula segunda del otrosí 16 al Contrato de Concesión pues, en el presente asunto se volvió al estado normal del contrato no porque se hubiesen verificado las condiciones y criterios que permitieran concluir que el Contrato se encontraba regularizado antes de la culminación del plazo establecido para el período de transición, sino que, tal plazo no se prorrogó porque el Concesionario no cumplió con su obligación de expresar y justificar las razones por las cuales consideraba necesaria la prórroga del Plan de Normalización.

También resulta pertinente desvirtuar el argumento presentado por el Concesionario cuando señala que desde la Supervisión del Contrato de Concesión se emitió correo electrónico requiriendo la expedición de la póliza por un valor de USD\$5.843.267,

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

pues tal como lo señala el Concesionario, el correo electrónico con el referido requerimiento data del 26 de diciembre de 2016, es decir durante el período de transición, y antes del oficio con radicado ANI No. 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016 mediante el cual se decidió no prorrogar el Plan de Normalización.

Ahora bien, evacuada esta cuestión y teniendo claro que ante la no prórroga del período de transición correspondía al concesionario volver a las condiciones normales de asegurabilidad del Contrato tal como quedo ampliamente demostrado, corresponde entonces determinar si efectivamente el Concesionario dio cumplimiento a las cláusulas 70, 71 y 72 del contrato de Concesión 09-CONP-98 para la constitución efectiva de las pólizas contractualmente exigidas, cláusulas estas que disponen:

"CLÁUSULA 70. GARANTIAS DE CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

El CONCESIONARIO deberá constituir a favor de FERROVIAS, dentro de los veinte (20) días siguientes a la firma del presente contrato de concesión, una garantía única de cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de concesión.

La garantía deberá cumplir con todos los requisitos previstos en el numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993, y deberá mantener su valor en pesos cada vez que se requiera su renovación.

Cuando el término para el cumplimiento de la obligación que se garantice de acuerdo con cada cobertura sea prorrogado o extendido de acuerdo con lo previsto en el contrato de CONCESIÓN, deberá prorrogarse en el mismo sentido el amparo correspondiente.

La garantía deberá ser expedida por una compañía de seguros, o por un establecimiento bancario. En cualquier caso, la entidad expedidora deberá estar autorizada por las autoridades colombianas para emitir esa clase de garantías en Colombia.

"CLÁUSULA 71. COBERTURA DE LA GARANTIA UNICA

(...)

El cumplimiento de las obligaciones de conservación. La garantía amparará el cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la conservación de la infraestructura férrea entregada en concesión, por un valor equivalente en pesos a DIEZ MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$10'000.000.00), por periodos anuales, renovable durante un período igual al de la CONCESIÓN, contado a partir de la fecha de expedición de la póliza.

(...)

El cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato de concesión. La garantía cubrirá el cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

contrato de concesión, por un valor equivalente en pesos a CINCO MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$5'000.000.00). Esta garantía amparará el pago de las multas previstas en el contrato de concesión, y deberá ser constituida por períodos anuales, la cual deberá mantenerse vigente durante todo el término de la concesión y dos (2) años más."

"CLAUSULA 72. RENOVACIONES

Las renovaciones de la garantía única deberán entregarse a FERROVIAS al vencimiento de cada año calendario contado a partir de la fecha de expedición de la póliza, durante todo el plazo del contrato de concesión, y en tales oportunidades, FERROVIAS nuevamente contará con el término previsto en el párrafo anterior, para aprobar las renovaciones mencionadas.

*Cuando alguna de las coberturas de la póliza excedan el plazo del contrato de concesión, se entregará dentro de los primeros seis (6) meses del último año de la concesión una póliza que garantice por el plazo total remanente los riesgos señalados en los numerales 71.4, 71.5, 71.6, 71,7 y 71.8.
(...)"*

En primer lugar, hay que afirmar que se trata de una obligación contractual de imperativo cumplimiento, calificada de tanta importancia que incluso su no cumplimiento ha sido contemplado dentro del Contrato de Concesión como una de las causales contempladas para la terminación anticipada del contrato por causa imputable al Contratista, de conformidad con lo previsto en la cláusula 107 del Contrato de Concesión. Por esta razón, no puede el Concesionario excusarse en que al no haberse firmado el acta de la reunión del 16 de marzo de 2017 se afectaron las condiciones para garantizar el cumplimiento de la referida obligación, cuando esta es una obligación contractual que debía cumplir para el 31 de diciembre de 2016 -momento en el cual la póliza de cumplimiento venció- y en las condiciones contractuales iniciales al no haberse prorrogado el Plan de Normalización.

Al respecto, afirma el Concesionario que FDP ha obtenido y presentado a la ANI las pólizas de seguro exigibles según los términos del contrato de concesión y su período de transición, de acuerdo a las exigencias que sobre el particular le hizo la ANI al concesionario y frente a estas no se ha recibido ningún oficio negando su validez por parte de la firma interventora de la concesión o de la ANI, pólizas que se relacionan a continuación:

- Póliza de responsabilidad civil extra contractual por 500 mil dólares.
- Póliza de todo riesgo la cual ampara los equipos entregados en los otrosíes 16,17 y 18 del contrato de concesión.
- Póliza de cumplimiento por valor de 5.843.267 dólares tal y como lo solicitó la ANI estando en vigencia el período de transición o normalización.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Frente a ello, es importante recalcar que el incumplimiento que se investiga en la presente actuación es la no constitución de la garantía única de cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de concesión, razón por la que la revisión de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, así como la póliza de todo riesgo no son objeto de revisión de la presente actuación administrativa.

Sin embargo, es importante reiterar que contrario a lo manifestado por el Concesionario cuando indica que frente a la Póliza de cumplimiento por valor de 5.843.267 dólares no se ha recibido ningún oficio negando su validez por parte de la firma interventora de la concesión o de la ANI, mediante oficio con radicado ANI No. 2017-307-000455-1 del 11 de enero de 2017, la Entidad le indicó:

"a partir del 1 de enero de 2017, el Contrato de Concesión 09-CONP-98 regresó a sus condiciones contractuales de ejecución, tal y como fueron pactadas en el Contrato de concesión y sus modificaciones contractuales. En este sentido, la Agencia le informó que debería restablecer las condiciones de asegurabilidad contempladas en las Cláusulas 70 y 71 del contrato de Concesión 09-CONP-98. Así las cosas, es claro que el borrador de la póliza presentada -refiriéndose al borrador de la póliza de cumplimiento No. 43313667 con un valor asegurado de US\$5.843.267- no cumple con las condiciones contractuales previstas en la cláusula 71 del Contrato de Concesión, por lo que se le requiere que envíe a la Entidad, de manera inmediata, la garantía única que contemple los amparos y los montos indicados en las cláusulas en mención".

Adicionalmente, a lo largo de la actuación administrativa sancionatoria no obra prueba alguna que permita demostrar que efectivamente el Concesionario constituyó la póliza contractualmente exigida, por el contrario, se tiene constancia que la misma estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, por lo que, a la fecha, el contrato de Concesión No. 09-CONP-98 se encuentra sin una garantía única de cumplimiento de todas las obligaciones a su cargo.

Incluso, se tienen afirmaciones del apoderado del Concesionario en donde manifiesta que actualmente el Concesionario se encuentra negociando con Chubb Seguros Colombia S.A. la expedición de la póliza exigida por valor de DIEZ MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$10'000.000.00), mediante la negociación de unas contragarantías previas sin que a la fecha haya prueba que la misma ha sido efectivamente constituida.

Así por ejemplo, en el oficio con radicado ANI No. 2017-409-044298-2 del 28 de abril de 2017, el Gerente General del Concesionario informó que no se ha podido constituir la póliza contractualmente exigida pues con ocasión de la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 para declaración de caducidad, se *"ha generado renuencia en la aseguradora para la expedición de la póliza"*, no obstante, asegura el Concesionario haberse proyectado un contrato el cual garantiza una serie de contragarantías exigidas inicialmente por la aseguradora para el otorgamiento de

1052

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

la póliza, sin que obre prueba de ello a lo largo de la actuación administrativa sancionatoria.

Por otra parte, el Representante Legal, durante su declaración de parte recibida en audiencia del 16 de junio de 2017, al responder respecto del estado actual de las diferentes pólizas que ampara el contrato de concesión, indicó:

"Las pólizas se expidieron todas, solamente hasta el mes de mayo específicamente el 4 de mayo del 2017 nos dieron respuesta por parte de la doctora Dina Rafaela Sierra, Gerente de Proyectos Férreos y Portuarios acerca de la póliza de responsabilidad civil extracontractual que no cumplía con los requerimientos legales y contractuales, nosotros le aportamos a la ANI un borrador de la póliza como lo exige el contrato para que hicieran un estudio, ese aporte de la póliza se realizó como compromiso de una reunión que hicimos con la ANI de la cual hay una acta que nosotros firmamos que nunca nos devolvieron con la firma de los funcionarios de la ANI, sin embargo en esa acta nos comprometimos a aportar el borrador de esta póliza para que la ANI hiciera el estudio pertinente y eso se aportó en el mes de enero, si no estoy mal, y sólo hasta el mes de mayo nos respondieron diciendo que no cumplía con los requerimientos legales y contractuales, las demás pólizas que exigía la concesión nosotros las aportamos en el momento que nos pidieron en la ANI y todas están vigentes porque si no, no podíamos ingresar al puerto."

De ello resulta que, si bien el Concesionario en términos generales señala que las pólizas se expidieron todas, sus afirmaciones contradictorias no tienen sustento al interior de la presente actuación administrativa; por el contrario, también pone de presente que la póliza de cumplimiento requerida por la Entidad en los términos de las condiciones normales de asegurabilidad del Contrato, no fue aprobada por la Entidad.

Adicionalmente declaró el representante legal del Concesionario en la referida audiencia, lo siguiente:

"la póliza del seguro de 10.000.000 de dólares es prácticamente imposible de conseguir, ninguna compañía dijo que podía generar esa póliza por los 10 millones de dólares, además por múltiples informes del periódico y medios de comunicación de manifestaciones que hizo el doctor Luis Fernando Andrade diciendo que la compañía o mejor dicho el contrato de concesión que tenía FDP iba a ser caducado, eso generó muchísimos más inconvenientes frente a las aseguradoras y la asegurabilidad del contrato, pues frente a esas manifestaciones del representante legal de la Agencia Nacional de Infraestructura pues todas las otras compañías o las compañías de seguro a las que acudimos, nos dijeron que para ellos era imposible hacer eso, sin embargo Chubb de Colombia nos entregó un borrador de una póliza que podía emitir con condiciones de asegurabilidad que fueron enviadas por el Doctor Carlos arboleda por correo electrónico que nos llegó a Ferrocarril

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

del Pacífico, dónde nos mencionaba unas condiciones de asegurabilidad; radicamos un documento en la Agencia Nacional de Infraestructura donde estaba el correo electrónico, creo que está en este expediente el correo electrónico que nos envió el Doctor Carlos Arboleda manifestando esas condiciones de asegurabilidad, se envió ese borrador a la Agencia Nacional de Infraestructura y reitero, sólo nos contestaron hasta el 4 de mayo de 2017 que esas condiciones de asegurabilidad no eran satisfactorias para la Agencia Nacional de Infraestructura, pero la asegurabilidad de la póliza de seguros por 10.000.000 de dólares fue imposible de conseguir y hasta ahora ha sido imposible de conseguir por lo que ya les acabo de manifestar."

Así pues, se establece una vez más, tal como declaró el Representante Legal del Concesionario que el Contrato de Concesión no cuenta con la Póliza de cumplimiento contractualmente exigida, póliza que como se ha explicado ampliamente era dable exigir al Contratista teniendo en cuenta que el contrato retornó a sus condiciones normales de asegurabilidad.

En atención a ello, del acervo probatorio revisado resulta claro para la Agencia que a la fecha, tal como incluso lo afirma el Gerente General del Concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S., el Contrato de Concesión no cuenta con la Póliza de cumplimiento contractualmente exigida por valor de DIEZ MILLONES DE DOLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA (US\$10'000.000.00) vigente a la fecha, razón por la que esta Agencia debe declarar el incumplimiento de las obligaciones contempladas en las cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98.

4.3.5. Respetto de la no suscripción del contrato Asistencia Técnica Operativa, incumpliendo la obligación dispuesta en la cláusula 13 del Contrato de Concesión y los numerales 2.4.3. y 2.5.3 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.

Respetto del cargo formulado señaló el apoderado del Concesionario durante la formulación de sus descargos que, al interior de la compañía se están realizando ajustes de tipo administrativo y dentro de los cambios que están proyectados se han venido surtiendo múltiples acercamientos con diferentes empresas férreas de orden nacional, con el fin de concretar el cambio del asistente técnico operativo. Sin embargo, afirma que esto nunca ha significado que Vecturis Colombia S.A.S. haya dejado de ser responsable frente a la concesión, FDP y la ANI como asistente técnico operativo, como se obligó en la proforma 7.

También señaló el apoderado que, no es válido contractualmente proceder con la terminación mencionada por Vecturis S.A. - Bélgica de manera unilateral con el contrato de asistencia técnica, dado que la obligación que adquirió dicha sociedad no puede ser renunciada ni transferida por mera liberalidad del obligado siendo dichas facultades únicamente del acreedor que en este caso es la ANI; además porque dicha sociedad extranjera no tiene legitimación en la causa frente a FDP y la ANI no ha aprobado la terminación del mencionado contrato, ni se han cumplido

1052

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

con las condiciones pactadas en la mencionada proforma para que pueda terminarse el contrato de asistencia técnica.

También señala respecto de este asunto que, si bien en el pliego de condiciones del contrato de concesión se estableció una duración determinada para el funcionamiento de la asistencia técnica de por lo menos el término previsto en el contrato de asistencia técnica que será mínimo de 10 años y 3 años más, FDP considera de manera objetiva que se ha cumplido a cabalidad con la durabilidad del asistente técnico operativo por lo tanto, señala, este requerimiento se encuentra superado y la sociedad concesionaria ya cuenta con la experiencia que fue requerida en el pliego de condiciones, por lo que se hace innecesario contar con un asistente técnico operativo.

Finalmente indica que no obstante lo anterior, se ha logrado acordar la suscripción de las proformas 7 recientemente diligenciada y suscrita por FDP y el señor Julio Augusto Montes Prado, en su calidad de representante de la sociedad FERROVIARIA ORIENTAL S.A. Sucursal Colombia; sin embargo, acaeció el fallecimiento del señor Montes lo que ha retrasado las negociaciones con la referida sociedad.

Respecto de dichos descargos, en primer lugar, resulta pertinente revisar las normas que se acusan como presuntamente incumplidas para determinar en cabeza de quién se encuentra la obligación de celebrar el contrato de Asistencia Técnica Operativa, revisar la vigencia del contrato entre el Concesionario y Vecturis Colombia S.A.S. y finalmente determinar el estado de cumplimiento actual de la referida obligación.

Procediendo de conformidad, resulta pertinente señalar que el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 establece en su cláusula 13 lo siguiente:

"CLAUSULA 13. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO DERIVADAS DE LA CONCESION

Como consecuencia de la concesión que se otorga a EL CONCESIONARIO por medio del presente contrato, éste adquiere las siguientes obligaciones:

(...)

*13.17. La obligación de suscribir los siguientes contratos complementarios al presente contrato de concesión: el contrato de fiducia para la administración de los aportes que efectúe FERROVIAS con destino a la ejecución del plan de obras de rehabilitación, el acuerdo de colaboración y coordinación administrativa, **y los contratos de asistencia técnica que correspondan según las condiciones de su propuesta.** (...)"(Negrillas fuera de texto.)*

De la cláusula contractual anteriormente descrita resulta claro que es la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. quien en su calidad de Concesionario, tiene la obligación de suscribir el contrato de asistencia técnica que corresponda, así pues, independientemente de las negociaciones que se estén desarrollando en cabeza del Concesionario, éste debe garantizar que el mismo se encuentre vigente en el plazo contractualmente exigido.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Tan importante es la obligación anteriormente transcrita que incluso la cláusula 107 del Contrato de Concesión contempla su incumplimiento como una causal para la terminación anticipada del contrato por causa imputable al Concesionario.

Ahora bien, de conformidad con la cláusula 146 del contrato, el pliego de condiciones, la propuesta y los contratos que se suscriban para la ejecución del contrato hacen parte integral de este. En este sentido, también es pertinente revisar el alcance de las siguientes disposiciones del Pliego de Condiciones:

- i) Numeral 2.4.3. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.4.3. FORMA DE ACREDITAR LA EXPERIENCIA

(...) Dicha experiencia podrá ser acreditada de manera directa por el proponente cuando se trate de una persona natural o jurídica que participe de manera individual en la presente licitación o a través de asistentes técnicos cuando dicho proponente no cuente con la experiencia que se exige pero en tal caso deberá suscribir un acuerdo de asistencia técnica en los términos previstos en este pliego de condiciones.

(...)

La experiencia requerida en cualquiera de las actividades mencionadas también se entenderá acreditada cuando el asistente técnico no cuente con la experiencia que se requiere pero su matriz pueda acreditarlo siempre que se cumpla concurrentemente con los siguientes requisitos:

(v) Se trate de una persona jurídica que tenga dentro de sus actividades la de desempeñar la calidad de asistente técnico

(vi) Que en dicha sociedad por lo menos el 51% de las acciones pertenezcan directamente a la sociedad matriz que cuenta con la experiencia requerida

(vii) Que la sociedad filial se encuentre en situación de subordinación respecto de esta última en los términos y condiciones previstos en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio

(viii) Que la sociedad matriz asuma directamente ante Ferrovias el compromiso de no disminuir ni enajenar su participación accionaria en la sociedad filial ni modificar las condiciones de control que mantiene y demuestre respecto de su filial durante el término de vigencia del contrato de asistencia técnica que el concesionario llegue a suscribir con esta última en el caso en que se adjudique la licitación y tres (3) años más.

(...)"

- ii) Numeral 2.5.3. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.5.3. Compromiso de Asistencia Técnica

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Para que sea tenida en cuenta la experiencia que un proponente individual o plural quiera acreditar a través de un asistente técnico, conforme al numeral 2.4.3. del presente pliego deberá presentarse debidamente suscrito entre el proponente y el asistente técnico respectivo un contrato de asistencia técnica, siguiendo la minuta contenida en la PROFORMA 7 que se encuentra en el volumen de proformas que acompaña este pliego de condiciones; dichos compromisos serán requisito necesario para que la experiencia pueda tenerse en cuenta y se considere acreditada en la evaluación de la propuesta.

En el caso en que se acredite la experiencia del asistente técnico a través de sus sociedades matrices, bastará la suscripción del compromiso por parte de la sociedad subordinada, pero en este último, la sociedad matriz y el asistente técnico deberán adjuntar un compromiso incondicional e irrevocable en el que se garantice a FERROVIAS que la situación de vinculación se mantendrá invariable por el período del contrato de asistencia técnica y tres (3) años más, asumiendo expresamente el compromiso de no disminuir la participación que sustenta la vinculación o subordinación y asumiendo además la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar que la sociedad matriz que acredita la experiencia hará la transferencia de tecnología que se requiere para que el asistente técnico pueda cumplir adecuadamente las funciones previstas en el presente pliego.

El objeto de dichos contratos será la prestación de la asistencia técnica necesaria al concesionario para garantizar que cuenta con el apoyo técnico requerido en materia de construcción, rehabilitación y conservación de la infraestructura de transporte férreo y de material rodante y así asegurar la culminación exitosa de las actividades a cargo del concesionario.

Los compromisos de asistencia técnica deberán venir suscritos por una persona con capacidad para representar en cada caso a cada uno de los asistentes técnicos y al proponente, capacidad legal que deberá acreditarse conforme a la ley colombiana según lo indicado en el numeral 2.1. del presente pliego respecto de los proponentes".

En este sentido, la PROFORMA 7 MINUTA DEL COMPROMISO DE ASISTENCIA TECNICA, establece en su Clausula 7. Previsiones obligatorias, lo siguiente:

*"(...)
7.3 SERA UN REQUISITO PARA QUE PUEDA PROCEDERSE A LA FINALIZACIÓN DEL CONTRATO DE ASISTENCIA TECNICA OPERATIVA, EN EL CASO DE LA TERMINACIÓN DEL PLAZO PACTADO PARA EL MISMO QUE SE ACREDITE QUE SE HA EFECTUADO A SATISFACCION DE FERROVIAS, LA TRANSFERENCIA DE TECNOLOGIA NECESARIA HACIA EL PROPONENTE PARA GARANTIZAR LA ADECUADA CALIDAD, SEGURIDAD Y CONTINUIDAD DEL SERVICIO DE TRANSPORTE FERROVIARIO.*

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

7.4 CUANDO POR CUALQUIER RAZON DEBA REEMPLAZARSE A CUALQUIERA DE LOS ASISTENTES TECNICOS INICIALES, ESTOS NO PODRAN DEJAR SUS FUNCIONES NI CESAR EN SU RESPONSABILIDAD HASTA CUANDO INICIE ACTIVIDADES UN NUEVO ASISTENTE TECNICO OPERATIVO Y/O CONSTRUCTIVO SEGÚN EL CASO, PARA CUYO NOMBRAMIENTO SE REQUERIRA LA AUTORIZACIÓN PREVIA Y EXPRESA DE FERROVIAS. AUTORIZACIÓN QUE SERÁ EXPEDIDA CUANDO EL NUEVO ASISTENTE TECNICO OPERATIVO O CONSTRUCTIVO DEMUESTRE POSEER LA EXPERIENCIA NECESARIA PARA DESEMPEÑAR ESA FUNCIÓN DE ACUERDO CON LOS PLIEGOS DE LICITACIÓN ORIGINALES"

iii) Numeral 2.5.4. del Pliego de Condiciones que dispone:

"2.5.4. Responsabilidad y solidaridad del asistente técnico

El asistente técnico será responsable solidariamente ante FERROVIAS por los resultados técnicos del área asistida mientras se encuentre vigente el contrato de asistencia técnica y en tal medida deberá suscribir la propuesta que presente el proponente en condición de asistente técnico, lo que implicará que asume la responsabilidad que antes se determina.

Su participación en la propuesta deberá ser garantizada ante FERROVIAS mediante una póliza de garantía de seriedad de la oferta que deberá allegarse con la propuesta que se presente en la cual garantice su participación en la ejecución del contrato de concesión durante el tiempo y con las responsabilidades que le atribuye su calidad de asistente técnico.

Dicha garantía de cumplimiento deberá extenderse a favor de FERROVIAS por una suma de un millón de dólares de los Estados Unidos (US\$1.000.000) y se hará exigible siempre que por cualquier razón el asistente técnico retire su participación antes de la suscripción del compromiso de asistencia técnica sin perjuicio de la exigibilidad de las sanciones y multas a que dé lugar su incumplimiento.

La póliza de seriedad de la propuesta deberá sustituirse por una póliza de cumplimiento a favor de FERROVIAS con la cual se ampare el cumplimiento del contrato de asistencia técnica que se suscriba una vez adjudicado y celebrado el contrato de concesión dentro de los términos y con las condiciones previstos en estos pliegos para la presentación de la póliza de cumplimiento del contrato de concesión.

Dicha póliza deberá extenderse por una suma de diez millones de dólares de los Estados Unidos (US\$10.000.000) en el caso del contrato de asistencia técnica constructiva y por una suma de cinco millones de dólares de Estados Unidos (US\$5.000.000) en el caso del contrato de asistencia técnica operativa".

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

De las cláusulas anteriormente citadas resulta claro una vez más que es obligación del Concesionario contar con un asistente técnico operativo y que cuando este deba ser reemplazado, debe garantizarse que uno nuevo cumplirá sus funciones, para lo que se requiere la autorización previa y expresa de la Entidad Concedente.

Teniendo claro entonces que es obligación del Concesionario celebrar el contrato de Asistencia Técnica Operativa, y que cuando el mismo deba remplazarse debe garantizarse que uno nueva cumpla sus funciones previa aprobación de la ANI, corresponde ahora revisar la vigencia del contrato entre el Concesionario y Vecturis Colombia S.A.S. y finalmente determinar el estado de cumplimiento actual de la referida obligación.

Obra en el expediente copia del correo electrónico del 27 de enero de 2017, remitido por Eric Peiffer Managing, Director de Vecturis, mediante el cual informó a la Agencia que tal sociedad no continuaría con la operación de la Red Férrea del Pacífico y para el efecto, adjuntó una comunicación en la que le notificaba al concesionario su decisión de dar por terminado el acuerdo de operación suscrito entre Vecturis y Ferrocarril del Pacífico S.A.S., en atención a que desde enero de 2016, el concesionario suspendió el pago del operador. Documento este que no fue desvirtuado por el Concesionario en la presentación de sus descargos.

Así pues, si bien es cierto que para el cambio de asistente técnico operativo se requiere la aprobación de la ANI, lo cual no ha ocurrido a la fecha, también es cierto que la Proforma 7 contempla en su cláusula 3 como obligaciones del Contrato de Asistencia Técnica a cargo de FDP, la de dar todas las facilidades para que el Asistente pueda cumplir las obligaciones que son de su cargo, de acuerdo con los términos de la Concesión, lo que en consonancia con la cláusula séptima de la misma Proforma que establece la remuneración del Asistente, permite concluir que ante el no pago por parte de la Sociedad concesionaria al asistente técnico se estaría vulnerando la obligación anteriormente citada en perjuicio de Vecturis S.A. Sucursal Colombia.

No obstante lo anterior, se trata de un asunto que debe resolver directamente el Concesionario pues fue él quien suscribió el contrato de Asistencia Técnica Operativa, por lo que no resulta pertinente, como se pretende, que el Concesionario traslade en cabeza de la ANI la obligación de requerir al asistente para el cumplimiento de sus obligaciones pues se repite en el referido acuerdo la ANI no es parte.

En este sentido, si bien el Concesionario señala como argumento de su defensa que el contrato de asistencia técnica operativa se encuentra vigente, lo cierto es que en la realidad de la ejecución contractual, el Contrato de Concesión no cuenta con el referido asistente tal como lo informó el representante legal de Vecturis en la comunicación anteriormente referida, y tal como lo corroboró la Interventoría del Contrato mediante comunicación No. CTP-INTV-051-2017 del 1 de febrero de 2017, radicada en la Agencia con el No. 2017-409-010738-2 en la que afirma que el concesionario presuntamente incumplió sus deberes contemplados en los numerales

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

2.5.3. y 2.5.4. del Pliego de Condiciones, toda vez que *"desde el pasado 30 de diciembre de 2016, el contrato de concesión No.09-CONP-98 presuntamente no cuenta con asistente técnico."*

Tan es cierto que a la fecha el contrato de concesión no cuenta con un asistente técnico operativo que incluso, mediante comunicación No. 2016-409-121487-2 del 30 de diciembre de 2016, el concesionario informó a la Agencia que *"a manera tratativa ha suscrito la proforma 7 con la sociedad TURISTREN S.A.S."* y que se encontraba obteniendo la información pertinente para el diligenciamiento de las proformas No. 2 y 4 y el borrador de la póliza, proformas sin las cuales no se podría emitir el concepto de viabilidad técnico, tal como se le informó mediante el oficio No. 2017-307-000911-1 del 16 de enero de 2017, a través del que la Agencia le manifestó al concesionario que:

"en principio no se observa que el asistente técnico operativo propuesto cumpla con las condiciones establecidas en el numeral 2.5.1. del Pliego de Condiciones, razón por la que se requiere el envío inmediato de las Proformas No. 2 y 4 con el fin de establecer si efectivamente cumple o no las condiciones contractuales"

Adicionalmente, mediante comunicación con radicado ANI No. 2017-409-044298-2 del 28 de abril de 2017, el Concesionario remitió la Proforma 7 debidamente suscrita y la proyección de la Proforma 4, la cual, en los exactos términos indicados por el Gerente General de FDP *"no ha podido ser firmada por el fallecimiento del señor Julio Montes."*

De ello resulta claro que a la fecha el contrato de Asistencia técnica Operativa no está siendo ejecutado por Vecturis S.A. Sucursal Colombia, en principio por el no pago de las contraprestaciones a cargo de FDP, y en todo caso, tampoco se ha acreditado la contratación de un nuevo asistente técnico operativo tal como quedó ampliamente demostrado e incluso afirmado por FDP.

Por otra parte, el Concesionario pretende trasladar en cabeza de la ANI la decisión de terminar o no el contrato de asistencia técnica operativa, tal como se deduce de la declaración del representante legal de FDP quien en audiencia del 16 de junio de 2017 señaló que no ha existido terminación del contrato de asistencia técnica celebrado por Ferrocarril del Pacífico S.A.S., con la compañía Vecturis SA sucursal Colombia, manifestando textualmente que

*"nosotros no hemos realizado y lo reitero ningún documento o contrato, acuerdo ni nada de terminación de ese contrato por lo que dice la proforma 7 y por lo que yo conozco la que debería o debe realizar este procedimiento en la Agencia Nacional de Infraestructura y llamar a unas mesas y a unas reuniones para poder dar por terminado si así lo considera. El asistente técnico operativo al momento, **nosotros no hemos recibido ninguna notificación de que la Agencia Nacional de Infraestructura haya iniciado ningún procedimiento como lo diga la proforma, como lo***

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

dice el contrato para la terminación del asistente técnico operativo.
Por consiguiente, el asistente técnico operativo sigue estando ahí."

Así pues, interpreta de forma errónea el representante legal del Concesionario el Contrato de Concesión pues como ya se advirtió es responsabilidad del Concesionario suscribir y mantener el contrato de asistencia técnica Operativa y garantizar que cuando este deba ser reemplazado, uno nuevo cumpla sus funciones, para lo que se requiere la autorización previa y expresa de la Entidad Concedente, sin que ello implique que deba ser la ANI quien deba dar por terminado el referido contrato.

Al respecto, la testigo Catalina Rueda Gómez afirma que sí existió el contrato celebrado entre la sociedad Ferrocarril del Pacífico y Vecturis Colombia S.A. pero no tiene constancia si el mismo terminó o no; e indica que no tuvo conocimiento si durante el año 2016 Ferrocarril del Pacífico cambió, contrató o modificó su relación contractual con la Sociedad Vecturis S.A. sucursal Colombia para la prestación del contrato de asistencia técnica. Así pues, lo indicado por la testigo no presenta elementos nuevos relevantes para la definición de incumplimiento que en el presente numeral se endilga.

Finalmente, respecto del argumento expuesto por el apoderado del Concesionario por primera vez a lo largo de la vida del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, durante la presentación de sus descargos, cuando afirma que FDP ha cumplido a cabalidad con la durabilidad del asistente técnico operativo, y que por lo tanto este requerimiento se encuentra superado pues la sociedad concesionaria ya cuenta con la experiencia que fue requerida en el pliego de condiciones, es pertinente señalar que para que dicho argumento de defensa prosperara, debió el Concesionario haber elevado dicha solicitud de forma previa en el marco de la ejecución contractual, acreditando el cumplimiento de las condiciones necesarias para ello y demostrando su aceptación por parte de la ANI; razón por la cual, el mismo no puede ser utilizado en este momento de la ejecución del contrato y dentro de la presente actuación administrativa sancionatoria como argumento para justificar su incumplimiento de no contar con un asistente técnico operativo.

Adicional a lo anterior, y referente a esta obligación del Concesionario de contar con un asistente técnico operativo, llama la atención de esta Entidad de forma preocupante, que durante la audiencia del 16 de junio de 2017 en la que se recibió la declaración de parte del representante Legal del Concesionario, afirmó textualmente lo siguiente:

"(...) dos representantes de la compañía ferroviaria oriental y ferroviaria andina me llamaron luego y me citaron y me manifestaron que habían venido por solicitud del señor Luis Fernando Andrade a una reunión aquí a la Agencia Nacional de Infraestructura, que lo había citado, y ellos me manifestaron que el señor Luis Fernando Andrade les había dicho qué les exigía que no la ayudarán a la compañía Ferrocarril del Pacífico S.A.S. en ese tema, entonces, el señor Luis Fernando Andrade nos pide por un lado el asistente técnico

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

operativo, enviamos los documentos, traemos el asistente técnico operativo que cuenta con los mismos, pero él luego los cita a una reunión a decirles que no me sirvan o que no le sirvan de asistente técnico operativo a FDP, eso me lo manifestaron los dos representantes de la compañía, de eso poseo una grabación donde ellos manifiestan si dos señores me llaman a mí me dicen vea, nosotros llevamos todos los documentos a la Agencia Nacional de Infraestructura y le cumplimos con lo del asistente técnico operativo, con todo lo que nos están exigiendo, pero el Señor Luis Fernando Andrade los citó a ellos dos y les dijo que le hicieran el favor de no servirnos de asistente técnico operativo porque el contrato de concesión lo iban a caducar, de eso yo tengo una grabación en la que ellos manifiestan, el señor Richard Lobo y el señor de apellido Montes, el señor Montes falleció pero el Señor Richard lobo es el representante de las dos compañías aquí en Colombia."

Sin embargo, pese a la gravedad de la referida acusación ni el representante legal ni su apoderado aportaron pruebas que sustenten tan grave afirmación, olvidando las consecuencias legales que puedan generar sus declaraciones. No obstante no resultar materia de la presente actuación administrativa la afirmación efectuada por el Representante Legal del Concesionario, la ANI se encuentra revisando las acciones legales que resultan pertinente iniciar respecto de la referida afirmación.

En conclusion, para esta Agencia resulta claro que el Contrato de Asistencia Técnica Operativa celebrado entre el Concesionario y Vecturis Colombia S.A.S. no está vigente y tampoco se ha presentado ante la ANI uno nuevo, por lo que al no contar actualmente el Concesionario con un asistente técnico operativo, se debe declarar el incumplimiento grave de las obligaciones contempladas en la Cláusula 13 del Contrato de Concesión y en los numerales 2.4.3 y 2.5.3 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión, habida cuenta que el contrato de concesión establece como causal para la terminación anticipada del contrato por causa imputable al concesionario la terminación del contrato de asistencia técnica sin el visto bueno de la entidad concedente.

4.3.6. Respecto del incumplimiento de la obligación contemplada en la Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión por no haber presentado informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización.

Indicó el apoderado del Concesionario durante la presentación de sus descragos que es erróneo afirmar que FDP no presentó información referente al Informe Mensual de Avance del Plan de Normalización y sus revisiones semestrales, en la medida que, el Consorcio Interventor no fungió como firma interventora desde enero del 2016, y porque en todo caso el Concesionario elaboró convocatoria del comité de regularización semestral al final del año 2016, en cambio ni la ANI ni la firma interventora han propuesto la celebración del mencionado comité.

El referido Otrosí en lo pertinente señala:

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

"OTROSI 16

(...)

CLÁUSULA SEGUNDA. *Durante el período de transición, las partes acuerdan desarrollar y ejecutar el Contrato de Concesión No.09-CONP-98, en las siguientes condiciones:*

(...)

3. El Concesionario deberá presentar a la Agencia con copia a la Interventoría, un informe mensual detallado, que dé cuenta del estado de avance del Plan de Normalización".

En la defensa presentada por el Concesionario no se aportó prueba alguna que acredite el cumplimiento de la obligación previamente transcrita, es decir, que le permita corroborar a la ANI que FDP presentó el informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización de que trata la cláusula precitada.

Por el contrario, fundamenta su defensa el Concesionario en que el Consorcio Interventor no fungió como firma interventora desde enero del 2016, lo cual no resulta ser un argumento suficiente para desvirtuar el cargo imputado pues en su labor de empalme la firma interventora se puso al tanto del estado actual de cumplimiento de las obligaciones en cabeza del Concesionario.

Adicionalmente es pertinente resaltar que como se indicó en aparte anterior del presente acto administrativo, en la comunicación con radicado ANI No. 2017-307-007195-1 del 8 de marzo de 2017, documento que obra como prueba dentro de la presente actuación administrativa, ampliamente se manifestó que el Concesionario no cumplió con su obligación de presentar informe mensual del estado de avance del Plan de Normalización, comunicación esta en la que a su turno se relaciona la comunicación con radicado ANI No. 2017-409-020667-2 del 27 de febrero de 2017, mediante la cual la Interventoría del proyecto señaló:

"el ultimo informe mensual recibido de FDP en relación con el avance de las inversiones del Plan de Normalización, corresponde al mes de marzo de 2016. Los siguientes 9 informes mensuales no fueron enviados por el Concesionario. Mediante oficio CTP-INTV-FDP-018-2016 del 13 de diciembre de 2016, la Interventoría solicitó al Concesionario la respectiva actualización a noviembre 30 de 2016 de la ejecución del Plan de Normalización, de lo cual tampoco hubo respuesta."

Así mismo indica el apoderado del Concesionario que FDP elaboró convocatoria del comité de regularización semestral al final del año 2016, en cambio ni la ANI ni la firma interventora han propuesto la celebración del mencionado comité. Sin embargo, dicho argumento no resulta suficiente para acreditar el cumplimiento de la obligación que trata el presente numeral pues, el comité de regularización no se convocó en los términos exigidos en el otrosí 16 ya que en primer lugar no se citó expresamente para la convocatoria a una sesión extraordinaria del Comité de Regularización y en segundo lugar, no se cumplió tampoco con la formalidad de

11052

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

citar a todos los miembros del Comité y con una antelación de tres días hábiles, de acuerdo con lo contemplado en la cláusula primera del otrosí 16.

Por otra parte, el Representante Legal del concesionario al efectuar su declaración de parte, y ante la pregunta puntual efectuada por el delegado del GIT de Defensa Judicial de la ANI respecto de si el concesionario había presentado los informes mensuales y la revisión semestral que se establece en el plan de normalización del proyecto, señaló:

"A nosotros nos enviaron un documento el 2 de enero donde nos dicen que la concesión vuelve a su estado original y que ya no hay un plan de normalización vigente, como usted entenderá yo llegué a mediados del mes de noviembre entonces tengo entendido que el siguiente informe se debía presentar en el mes de enero en una reunión como lo dice el contrato de concesión, se debió hacer una reunión para eso pero como nos informaron que efectivamente ya el plan de normalización no continuaba sino que se volvía a las condiciones iniciales de contrato Entonces no se realizó, a partir de ahí no se realizó ninguna reunión de seguimiento de ese plan de normalización puesto que la agencia Nacional de infraestructura nos informó que ya no seguía vigente ese plan de normalización."

De este modo, a través de la respuesta dada por el representante legal del Concesionario no se acredita tampoco el cumplimiento de la obligación establecida durante el período de transición de presentar a la Agencia informe mensual detallado que diera cuenta del estado de avance del Plan de Normalización.

En consecuencia, los argumentos planteados por el Concesionario para sustentar su defensa no resultan suficientes para concluir que operó justificación alguna del incumplimiento a la obligación establecida en Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión, ni tampoco se logró acreditar el cumplimiento de la referida obligación por lo que procede de manera justificada la declaración de su incumplimiento.

4.3.7. Respecto del argumento presentado por el apoderado del Concesionario sobre las irregularidades al Contrato de Interventoría No. 181 de 2016 y el supuesto conflicto de intereses del Coordinador de la Interventoría.

Alega el apoderado del Concesionario una serie de irregularidades que estima invalidarían de pleno derecho el Contrato de Interventoría No. 181 del 2016 celebrado con el consorcio TRENES DEL PACIFICO, fundando su afirmación en: (i) Por un lado, el incumplimiento de las Cláusulas del Contrato de interventoría relacionadas con su personal; (ii) La permanencia del Director del proyecto en las zonas donde se ejecuten las etapas de operación y las obras de Mantenimiento del Contrato de Concesión; (iii) La designación de un Coordinador General, cargo que dice no está contemplado en el pliego de condiciones o en el contrato de

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

interventoría; y, (iv) El conflicto de intereses del Coordinador General de la Interventoría Ramiro Rivera Roldán, por considerar que no podía actuar como su máximo representante, cuando en FDP laboró como Gerente de Operaciones -segundo cargo en responsabilidad del Concesionario-, además de cumplir funciones de administrador y apoderado -según poder que aportó-.

Sobre el particular valga la pena advertir, que en sede del proceso administrativo sancionatorio no resulta procedente discutir y mucho menos resolver sobre la validez del contrato de interventoría, facultad que es del exclusivo resorte del juez natural del contrato, especialmente cuando se trata de un contrato principal y autónomo respecto del contrato que controla, coordina o vigila y está igualmente sometido a las normas que regulan los escenarios en los cuales se puede discutir sobre su legalidad o el incumplimiento de sus obligaciones.

A esto se suma, que las circunstancias alegadas por el apoderado del Concesionario de cara al personal de la Interventoría, de ninguna manera justifica, convalida o lo exonera de la responsabilidad que se endilga a FDP, menos aún cuando sólo vienen siendo alegadas como un argumento de defensa en este trámite y nada dijo durante la ejecución del contrato; todo esto aunado a que no guarda relación alguna con las imputaciones de incumplimiento limitadas a: el régimen de enajenación de la propiedad accionaria, la acreditación de la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria, el incumplimiento de los plazos contractuales frente a los requerimientos de aclaración o de información, la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato, la no suscripción del contrato de Asistencia Técnica Operativa y la no entrega del informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización.

En el mismo sentido se tiene que además de lo impertinente e inconducente de sus argumentos, se aporta como su único soporte probatorio, un "*PODER ESPECIAL*" del 4 de agosto de 2014, únicamente suscrito por su otorgante, luego, no acredita que hubiese aceptación del apoderado para el ejercicio de las facultades a él otorgadas, si se ejercieron o no y mucho menos la forma en que culminó.

Con todo, tampoco tal situación puede resultar suficiente para salvaguardar la responsabilidad del concesionario o acreditar la existencia del supuesto conflicto de intereses que afectaría -según el apoderado del Concesionario- la validez de los memorandos, escritos y conceptos del Supervisor, pues además de no haberse tachado de falsos dentro de la oportunidad concebida por el artículo 269 del Código General del Proceso (aplicable por remisión del artículo 40 del CPACA), no se invoca causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad ni tampoco se sustenta ni demuestra alguna situación concreta que contraría el interés público o la transparencia en la gestión del contrato.

Sobre el particular, nótese que sobre el supuesto conflicto de intereses por parte del Coordinador General de la Interventoría -Ramiro Rivera Roldán-, por razón del vínculo laboral que sostuvo con el Concesionario, advierte el apoderado del Concesionario que su actuar "*probablemente* estará impregnada de múltiples

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

*intereses particulares, que **dejen** en entre dicho la cabal ejecución de las funciones de la interventoría" y añade, que esos intereses "**todos hipotéticos**", podrían derivarse de la cercanía o prejuicios con empleados de FDP, desacuerdos por los motivos de su retiro del Concesionario, o para proteger su gestión mientras estuvo vinculado... "**en fin, a un sin número de posibilidades...**" (negritas fuera del texto).*

En ese orden, los argumentos del apoderado del concesionario parten de meras hipótesis y supuestos que por sí mismos no invalidan la documentación que con fines probatorios se arrimó al proceso, y que sólo acreditan el desarrollo de la labor de la interventoría, sin que se avizore subjetividad alguna, posiciones disímiles, parcializadas o influenciados por una posición personal de quien o quienes los suscriben, siendo este uno de los elementos necesarios para la configuración del alegado conflicto de intereses, que se configura "*cuando el interés personal de quien ejerce una función pública colisiona con los deberes y obligaciones del cargo que desempeña*" (Guía de Administración Pública sobre Conflictos de interés de servidores públicos en su primera Versión de noviembre de 2016).

Todo esto, permite entonces ratificar que no está acreditado (ni tampoco se alegó), la ilegalidad de las pruebas aportadas al proceso y provenientes de la interventoría, como tampoco el referido conflicto de intereses, motivos suficientes para desechar los argumentos que en tal sentido invocara el apoderado del Concesionario, especialmente cuando con los mismos pretende poner en tela de juicio la legalidad del contrato de interventoría y el cumplimiento de sus obligaciones, situaciones éstas que se reitera, no pueden debatirse en el trámite sancionatorio ni tampoco guardan relación con los incumplimientos que se endilgan a FDP.

Por lo anterior, el argumento a través del cual el Concesionario pretende hacer ver a la Entidad tanto una serie de irregularidades al contrato de Interventoría como un conflicto de intereses del Coordinador General de la Firma Interventora no están llamados a prosperar.

4.3.8. Respetto de la falta de operación y explotación de la infraestructura.

Señala el apoderado del concesionario que la suspensión del servicio de transporte férreo en el período en que ello ocurrió, se generó con justa causa en razón de las causas extrañas, el hecho de terceros, caso fortuito y en una alta proporción tiene su origen a situaciones anteriores a la firma del acta de inicio de contrato de concesión, situaciones estas de inseguridad e ineficiencia que en efecto aún permanecen latentes sin ninguna interrupción contundente por parte de las entidades del estado responsables.

No obstante lo anterior, considera el apoderado del Concesionario que esta situación cesó desde el 10 de diciembre de 2017 con la reactivación de la operación férrea de transporte público férreo de carga movilizándolo a la fecha de presentación de

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

descargos, 76 trenes de carga en los sentidos Yumbo -Buenaventura, Buenaventura - Yumbo y Yumbo – Palmira, lo cual equivale a 15.000 toneladas de carga.

Sin embargo, solicita que este presunto incumplimiento no sea objeto y fundamento de la presente investigación como quiera que por dichas circunstancias ya se adelanta en paralelo proceso administrativo sancionatorio en respeto al principio *"non bis in idem"*.

Adicionalmente, el apoderado de Seguros del Estado S.A. señala que, tal como quedó demostrado en el dictamen pericial practicado en el proceso sancionatorio adelantado contra el mismo concesionario FDP para posible terminación anticipada del contrato, la paralización de la operación de la línea férrea se debe a hechos exógenos a la voluntad del contratista que no permiten la consecución del objeto del contrato.

En consonancia con ello, el apoderado de Chubb Seguros Colombia S.A. dedicó gran parte de sus descargos a indicar que las condiciones e irregularidades que se presentan en la red férrea concesionada tales como los asentamientos humanos e invasiones, ocasionados por la falta de intervención del estado, han generado un grave riesgo de obstaculizar el desarrollo de la operación y la necesidad de un cambio de las condiciones del Contrato de Concesión.

Respecto de las manifestaciones anteriormente citadas debe decirse que, a lo largo de la actuación administrativa se ha informado a las partes que el presente proceso sancionatorio se adelanta no por la supuesta renuncia o abandono del servicio por parte del Concesionario por dejar de prestar de manera injustificada el servicio por un lapso continuo de una semana, o de sesenta (60) días continuos o discontinuos durante un mismo año, sino por el presunto incumplimiento de los asuntos que a continuación se relacionan:

- Por la violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98.
- Por la no acreditación de la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria.
- Por la falta de entrega de la información solicitada por la Entidad respecto de la modificación de control.
- Por la no presentación oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato de concesión.
- Por no contar con un Asistente Técnico Operativo.
- Por no haber presentado los informes mensuales ni haber asistido a las revisiones semestrales previstas en el Plan de Normalización.

Adicionalmente debe recordarse que por la supuesta renuncia o abandono del servicio por parte del Concesionario por dejar de prestar de manera injustificada el servicio por un lapso continuo de una semana, o de sesenta (60) días continuos o discontinuos durante un mismo año, actualmente la ANI adelanta la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, proceso administrativo sancionatorio,

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

cuya consecuencia posible es la terminación anticipada del contrato. Actuación que en todo caso se encuentra en práctica de pruebas por lo que al interior de la misma no se ha adoptado decisión definitiva alguna.

Así pues, resulta claro para esta Entidad que el presunto incumplimiento que se revisa en la presente actuación corresponde al incumplimiento de las cláusulas contractuales a que se refieren los asuntos anteriormente relacionados y señaladas en el Capítulo *IV. Normas y cláusulas presuntamente vulneradas* de la citación remitida al Concesionario y a las Compañías aseguradoras mediante oficio con Radicado ANI No. 2017-701-007336-1 del 09/03/2017 –citación para la presente actuación administrativa-, de donde claramente se desprende que el principal cargo a imputar es el incumplimiento de las disposiciones contractuales allí referidas, y no por el presunto incumplimiento que se deriva de la supuesta renuncia o abandono del servicio por parte del Concesionario por dejar de prestar de manera injustificada el servicio por un lapso continuo de una semana, o de sesenta (60) días continuos o discontinuos durante un mismo año, presunto incumplimiento que se ventila en la actuación sancionatoria que prevé como consecuencia la terminación anticipada del contrato y no en está.

Por este mismo motivo, se recuerda, fue negada la solicitud de nulidad incoada por el apoderado del Concesionario y coadyuvada por el de la compañía Chubb Seguros Colombia S.A. en la pasada sesión del 5 de mayo de 2017, quienes solicitaron la nulidad de la presente actuación por considerar que en ésta se debate el mismo asunto que se ventila en el trámite sancionatorio que prevé como consecuencia la terminación anticipada del contrato. Se reitera una vez más, que los hechos ventilados, los cargos a imputar y sus posibles consecuencias -tal como se deduce del análisis de las citaciones remitidas a las partes- son diferentes para cada trámite, por lo que en ningún momento podría hablarse de violación a los principios del *non bis in ídem* ni tampoco al debido proceso.

Por otra parte, si bien se decretó como prueba trasladada dentro de la presente actuación copia de todo el expediente que contiene el proceso administrativo sancionatorio adelantado contra el mismo concesionario cuya posible consecuencia es la terminación anticipada del contrato así como copia del dictamen pericial presentado por la firma Railtech Consulting junto con todos sus anexos, también es cierto que de los mismos no se encontró argumento o prueba que resultare pertinente y suficiente para desvirtuar los cargos imputados en la presente actuación administrativa sancionatoria.

En este sentido, no entiende esta Entidad por qué el apoderado de Seguros del Estado S.A. fundamentó todos sus descargos en una imputación que en el presente trámite no se efectuaba, cual es la paralización de la operación de la línea ferrea, respecto de lo que indicó que se debe a hechos exógenos a la voluntad del contratista que no permiten la consecución del objeto del contrato, guardando silencio de contera sobre los 6 cargos presentados al interior de la presente actuación administrativa.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

También es pertinente indicar que, durante la práctica de pruebas, específicamente en la recepción de los testimonios, el apoderado sustituto de Chubb Seguros Colombia S.A. formuló una serie de preguntas relativas a posibles hechos, circunstancias o situaciones que hayan dificultado la operación al contratista, así como accidentes presentados en la vía férrea durante el transcurso del año 2016, preguntas respecto de las cuales no encuentra esta Entidad cual era su objeto y fin de cara con los incumplimientos a revisar al interior de la presente actuación administrativa, pues tal como se ha venido indicando a lo largo del presente proceso sancionatorio, en el mismo no se está revisando el cumplimiento de la obligación de prestación del servicio por parte del Concesionario, sino los 6 incumplimientos que corresponden a los cargos imputados.

Así pues, teniendo en cuenta que los motivos que fundaron cada uno de los procesos sancionatorios son diferentes, en plena observancia del debido proceso, acatando el principio de tipicidad, y atendiendo la solicitud del apoderado del Concesionario consistente en que dicho presunto incumplimiento no sea objeto y fundamento de la presente investigación como quiera que por dichas circunstancias ya se adelanta en paralelo proceso administrativo sancionatorio en respeto al principio "*non bis in idem*", esta Entidad no efectuará pronunciamiento adicional alguno respecto de la supuesta falta de operación y explotación de la infraestructura de la red férrea.

4.3.9. Respetto del informe presentado por la Supervisión del Proyecto.

Indica el apoderado del Concesionario que el informe presentado por el equipo de Supervisión carece de sustento factico, económico y jurídico pues no es claro para FDP la forma en que la supervisión del contrato de concesión determina la cuantía de los presuntos perjuicios por la suma de USD \$32.805.231, por lo que se opone a la prosperidad y determinación de dichos perjuicios, exigiendo que se prueben conforme al contrato de concesión y normas aplicables.

Contrario a lo señalado por el apoderado del Concesionario encuentra la Agencia que mediante memorando No. 2017-307-003108-3 del 24/02/2017, el equipo de Supervisión del Proyecto remitió una tasación que ilustra los perjuicios sufridos por la concesión con los incumplimientos en que ha incurrido el Concesionario, efectuando una relación de la causa generadora del mismo, así como el valor correspondiente.

Así pues, se considera que la tasación de los mismos se encuentran de conformidad con el contrato de concesión.

4.4. Sobre la grave afectación del Contrato de concesión por los incumplimientos acreditados a lo largo de la presente actuación administrativa.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

De conformidad con el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, las Entidades Públicas mediante acto administrativo debidamente motivado podrán dar por terminado un contrato y ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre, cuando se presente alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que pueda conducir a su paralización.

En consonancia con ello, la cláusula 127 del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, señala que *"si se presenta algún incumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONCESIONARIO establecidas en este contrato que afecte de manera grave y directa su ejecución, de manera tal que pueda conducir a su paralización, FERROVIAS por medio de acto administrativo debidamente motivado podrá decretar la caducidad del contrato, en los términos y condiciones previstos en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 ..."*

Conforme lo expuesto a lo largo del presente acto administrativo, para la Agencia resulta claro que a partir de lo dispuesto en el artículo 18 del Régimen de la Contratación Estatal así como en el artículo 127 del Contrato de Concesión, corresponde en uso de las potestades atribuidas por la ley y por el contrato proceder con la declaratoria de la caducidad del contrato de Concesión No. 09-CONP-98, toda vez que las obligaciones incumplidas por FDP, afectan grave y directamente la ejecución del contrato de manera tal que se encuentra paralizado.

De allí, que no puede desconocerse que los graves incumplimientos acreditados en el curso del proceso e imputables a Sociedad FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S., han trascendido e impactan el Contrato de Concesión 09-CONP-98, impidiendo en consecuencia el cumplimiento de su objeto, pues tales exigencias contractuales no resultan del capricho de los concedentes, sino que están fundadas en principios de la contratación estatal y los fines que persigue.

En efecto, acreditada la violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria, según el contenido del numeral 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión, resulta claro que se cohibió a la Agencia de su facultad de autorizar la venta de acciones dejando a la entidad concedente en incertidumbre respecto del escenario de asunción de riesgos del Contrato. Lo anterior ya que, el cambio de composición accionaria y el control de la sociedad, sin el cumplimiento de las formalidades y requisitos previstos contractualmente, entre ellos, la aprobación previa por parte de la Agencia, constituye un incumplimiento grave de las disposiciones contractuales, más aún cuando la Agencia aún desconoce si ese cambio pudo afectar la capacidad financiera requerida en el pliego de condiciones.

En igual sentido, la no acreditación de la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria, impide la identificación de diferentes contingencias que pueden afectar la situación de la entidad.

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

En la misma línea, la omisión de respuesta ante los requerimientos de la Concedente sobre la modificación de control como lo exigía la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998, va en contravía de los derechos y deberes del contratista concebidos por el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, mismos que buscan un canal eficiente de comunicación que permitan a la entidad cumplir con su fin estatal, en este caso, el servicio de transporte férreo de carga de la Red Pacífica.

Pero no menos grave resulta la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas por la Cláusula 70 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998, mismas que tienen un origen de orden legal (numeral 19 del artículo 25 de la Ley 80 de 1993 -ahora subrogado por el artículo 7º de la ley 1150 de 2007-), que buscan amparar a la entidad, el fin estatal que presta e incluso el patrimonio público, que puede verse afectado por el incumplimiento de obligaciones y mitigar los riesgos del contrato que es el que establece su alcance y cuantía, no pudiendo quedar al arbitrio del Concedente o la aseguradora. Así pues, por el incumplimiento a las obligaciones contempladas en las cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión, el proyecto se encuentra en riesgo de paralización total, ya que no cuenta con las condiciones esenciales de asegurabilidad pues se deja sin amparo la conservación de la infraestructura entregada en concesión, en la cual la Nación realizó aportes cuantiosos, y en caso de ocurrencia de un siniestro, no se pueda contar con los recursos necesarios para el restablecimiento de las condiciones de operación fiable y segura, habida cuenta que quedarían descubiertas las inversiones realizadas por la Nación dentro de la ejecución del Plan de Obras para los tramos a cargo de Ferrocarril del Pacífico.

En cuanto a la no suscripción del contrato de Asistencia Técnica Operativa, en virtud del contrato mismo, tal omisión constituye "*un incumplimiento grave*" en la medida en que no garantiza una prestación eficiente del servicio de transporte férreo en las condiciones de calidad, eficiencia y seguridad exigidas, tan es así que incluso la cláusula 107 del Contrato de Concesión lo prevé como una causal para la terminación anticipada del Contrato por causa imputable al Concesionario.

Además, la operación de trenes de trabajo y de carga sin el acompañamiento del Asistente Técnico Operativo propicia la posibilidad de ocurrencia de accidentes, así como pueden conllevar a una operación férrea técnicamente ineficiente e insegura, que lleve a la suspensión total de la prestación del servicio de transporte de carga, generando una prestación ineficiente del referido servicio público en las condiciones previstas contractualmente, entre las que se destaca la libertad de acceso, la calidad y seguridad de los usuarios, la permanencia y continuidad que requiere el mercado.

Y para culminar, no menos importante está la desatención de presentar los informes mensuales detallados y la revisión semestral del estado de avance del Plan de Normalización de que trata la Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, pues era a partir de esta información que la Agencia puede desarrollar su papel de Concedente en el sentido de determinar el avance del plan de normalización, si efectivamente resultaba adecuado o no

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

prorrogar el período de transición y verificar la necesidad de continuar con el citado Plan de Normalización.

En este sentido, es preciso señalar que de conformidad con lo establecido en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993 así como en la cláusula 128 del Contrato de Concesión, la consecuencia de todos los presuntos incumplimientos presentados, ocasiona la declaratoria de caducidad, poder establecido en favor de la Administración Pública, que procede en caso de incumplimiento grave de las obligaciones del contratista, esto es que afecte de manera *grave y directa* la ejecución del contrato y se evidencie que puede conducir a su paralización, situación ampliamente demostrada a lo largo del presente acto administrativo, en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución indebida del objeto contractual.

Así pues, la Agencia de conformidad con los argumentos expuestos, procede a declarar la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, y junto con dicha declaración ordenar, tal como lo dispone la ley, *i)* dar por terminado el vínculo negocial sin indemnización para el contratista; *ii)* ordenar su liquidación en el estado en el que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993; *iii)* hacer exigibles las garantías por configuración del siniestro; y *iv)* configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.

Si bien la Ley dispone la posibilidad de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria, el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 no prevé una, por lo que corresponderá ordenar el pago de los perjuicios ocasionados a la Entidad con los incumplimientos cometidos, cuya tasación ha sido demostrada a lo largo de la actuación administrativa sancionatoria.

4.5. De la declaratoria de pago de perjuicios, tasación del valor de los mismos, definición de afectación de seguro y disposición de la terminación y liquidación del Contrato de Concesión.

A partir de los incumplimientos acreditados a lo largo de la presente actuación administrativa sancionatoria imputables al Concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S., y de conformidad con las consecuencias previstas en la citación remitida mediante oficio con radicado ANI No. 2017-701-007336-1 del 09/03/2017, ante la declaratoria de caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, procede el pago de los perjuicios causados con ocasión de los presuntos incumplimientos.

Al respecto es pertinente señalar que el Consejo de Estado⁵ ha señalado que *"...el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento,*

⁵ CE, S3, Sb. C, C.P. Enrique Gil Botero, veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012), Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para la declaratoria de caducidad."

A su turno, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 dispone que las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal.

En este sentido, resulta procedente que la Entidad ordene el pago de unos perjuicios resultado de la declaratoria de caducidad del contrato de concesión, suma de dinero que asciende a TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN DOLARES (US\$32.805.231), tasación de perjuicios respecto de los cuales se reitera, no fueron desvirtuados por el Concesionario a lo largo de la actuación administrativa sancionatoria, por lo que se toman en su totalidad como ciertos, de conformidad con la discriminación de los perjuicios causados que a continuación se establece:

1. No entrega de las siguientes garantías del contrato a la entidad:
 - 1.1 Póliza de cumplimiento del contrato vencida (31/12/2016) por valor de Diez millones de dólares (USD\$10.000.000), de acuerdo a lo indicado en la cláusula 71 numeral 71.3 "Cumplimiento de las obligaciones de conservación".
 - 1.2 Póliza de "cumplimiento de las demás obligaciones derivadas del contrato de concesión". Clausula 71 numeral 71.5. Valor: Dos millones quinientos mil dólares. (USD\$2.500.000), según acta aclaratoria al otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008.
 - 1.3 Póliza de "cumplimiento del contrato de asistencia técnica" por la suma de Cinco millones de dólares (USD\$5.000.000), de acuerdo a lo indicado en el Pliego de Condiciones.
2. Inversiones pendientes por ejecutar dentro del Plan de Normalización presentado a la Agencia con radicado No. 2013-409-051192-2 del 16 de diciembre de 2013.

De acuerdo a lo indicado en el informe de Ferrocarril del Pacífico S.A.S. correspondiente al mes de marzo de 2016 con radicado No. 2016-409-046460-2 del 7 de junio de 2016, las inversiones realizadas hasta ese mes eran de \$17.324.694 equivalentes a un 53%., por lo que el valor pendiente por ejecutar es:

Valor inversiones Plan de Normalización	USD\$32.629.925
Inversiones ejecutadas a marzo 2016	USD\$17.324.694
Saldo por ejecutar Plan de Normalización	USD\$15.305.231

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

Por lo anterior, los perjuicios estimados ascienden a la suma de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN DÓLARES (U\$32.805.231).

Adicionalmente, también como consecuencia prevista desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y de conformidad con lo reglado en el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Entidad ordena se disponga la terminación y liquidación inmediata del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998.

Y finalmente, entendiendo que se configura la ocurrencia del siniestro, la Entidad ordena la afectación a la Póliza No. 43313667 Certificado No. 0 expedida por la Compañía de Seguros Chubb de Colombia S.A., con coaseguro de la Compañía Seguros del Estado S.A., cuyo amparo es el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas con ocasión del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998.

Y es del caso proceder a la afectación de la póliza en su amparo de cumplimiento, toda vez que como se expuso en precedencia, los incumplimientos declarados resultan atribuibles al Concesionario, luego se trata de un siniestro objeto de amparo. Por lo anterior, corresponderá la afectación de la póliza de cumplimiento en las condiciones en ella establecidas en el evento en que el Concesionario no realice el pago de los perjuicios impuestos.

En virtud de lo anteriormente expuesto se,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. – Declarar el incumplimiento grave de las obligaciones contractuales contenidas en los Numerales 2.1.6.2., literal a); 2.4.3; 2.5.3; 2.5.4; 2.6; 2.7 numeral romano iv) del Pliego de Condiciones, Numerales 7.3 y 7.4 de la Proforma 7 – Minuta del Compromiso de asistencia Técnica, Cláusulas 13.15, 13.17, 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998, Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, por parte de la Sociedad **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** de acuerdo con las razones indicadas en la parte motiva de este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. – En consecuencia, y teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia del incumplimiento, **DECLARAR** la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 celebrado entre FERROVÍAS y la Sociedad Concesionaria Red Férrea del Pacífico S.A., hoy **FERROCARRIL DE PACIFICO S.A.S.**

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

ARTÍCULO TERCERO. - Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** el pago de la suma de dinero que asciende a **TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN DOLARES (US\$32.805.231)**, de conformidad con la discriminación de los perjuicios ocasionados a la Entidad como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones contractuales, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO CUARTO. - DECLARAR que la caducidad constituye el siniestro de incumplimiento y en el evento en que la **SOCIEDAD FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** se abstenga de efectuar el pago de los perjuicios ordenado en el artículo anterior objeto de amparo, corresponde afectar la Póliza No. 43313667 Certificado No. 0 expedida por **CHUBB SEGUROS COLOMBIA S.A.** en un porcentaje de participación del 70% con coaseguro de la compañía **SEGUROS DEL ESTADO S.A** en un porcentaje de participación del 30%, en la que actúa como tomador y afianzado la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. y como asegurado la Agencia Nacional de Infraestructura, en su amparo de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998.

ARTÍCULO QUINTO. – REQUERIR al Concesionario **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.**, para que en un término de diez (10) hábiles, contados a partir de la notificación del presente acto, efectúe el pago de las sumas señaladas en el artículo tercero de la presente parte resolutive. En el evento en que la **SOCIEDAD FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** se abstenga de efectuar el pago de los perjuicios ordenados, requiérasele a las respectivas compañías aseguradoras, en proporción del 70% para Chubb Seguros Colombia S.A. y 30% para Seguros del Estado S.A., para que asuma el referido pago, otorgándole un plazo de un (1) mes contado a partir del recibo de la comunicación que así lo disponga, so pena de adelantar el proceso de cobro coactivo y presentar las denuncias penales a que haya lugar.

ARTÍCULO SEXTO. – Dar por terminado el vínculo contractual entre la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** y la Sociedad **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.**, sin indemnización para el contratista, y por ende ordenar la liquidación del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, en el estado que se encuentre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 de la Ley 80 de 1993.

ARTÍCULO SÉPTIMO. – Como consecuencia de la declaratoria de caducidad, la Sociedad **FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S.** queda inhabilitada para celebrar contratos con cualquier entidad pública por el término de cinco (5) años, contados a partir de la ejecutoria de este acto administrativo.

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

"Por medio de la cual se declara la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por el incumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S."

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

ARTÍCULO DÉCIMO. - De conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en audiencia.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO. - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición.

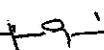
NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá. D. C., 02 ABR. 2017



LUIS EDUARDO GUTIERREZ DÍAZ

Vicepresidente de Gestión Contractual (E)
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Elaboró: Lina Alejandra Cruz Segura - Abogada Gerencia de Defensa Judicial/VJ 
Revisó: Fernando Iregui Mejia - Vicepresidente Jurídico 
Alejandro Gutiérrez Ramírez - Coordinador GIT/Defensa Judicial/VJ 
Priscila Sanchez Sanabria - Gerente Jurídico Gestión Contractual 2/VJ 
Jimmy Alexander García Urdaneta - Experto G3 08 Gerencia Defensa Judicial/VJ 
Juan Camilo González Méndez - Experto G3 07 Gerencia Defensa Judicial/VJ 
Dina Rafaela Sierra Rochels - Gerente GIT Férreo y Portuario/vgc 
Carlos Augusto Arboleda Arjona - Apoyo a la Supervisión GIT Proyectos Modo Férreo y portuario/VGC 