



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 414 DE 2018

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A. en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

LA GERENTE G2 GRADO 09 DEL EQUIPO SANCIONATORIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas por las Resoluciones 0273 del 13 de febrero de 2018, 1096 del 26 de junio de 2018 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, procede a resolver los recursos de reposición presentados por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto 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." y

I. CONSIDERANDO

Que mediante la Resolución No. 1052 del 02 de agosto de 2017, la Agencia Nacional de Infraestructura, resolvió lo siguiente:

"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 FERROVIAS y la Sociedad Concesionaria Red Férrea del Pacífico S.A., hoy **FERROCARRIL DE PACIFICO 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**

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

(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 resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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."*

Que en la misma audiencia en la que se dio lectura a la Resolución No. 1052 del 02 de agosto de 2017, el apoderado del Concesionario Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., la apoderada de la Compañía Aseguradora CHUBB Seguros de Colombia S.A. y el Apoderado de Seguros del Estado S.A. interpusieron Recurso de Reposición en contra de la referida Resolución, recursos que fueron sustentados por los apoderados en la continuación de la audiencia llevada a cabo en sesiones del 18 y 22 de agosto de 2017.

Que por lo anterior, corresponde a la Agencia Nacional de Infraestructura resolver los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 1052 del 02 de agosto de 2017.

II. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN INCOADOS.

1. Del recurso de reposición impetrado por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S.

El apoderado del Concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S. interpuso recurso de reposición en contra de la Resolución No. 1052 del 02 de agosto de 2017, sustentado en audiencia del 18 de agosto de 2017, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

1.1. La ANI desconoció la aplicación del principio de legalidad en la presente actuación.

Señala el apoderado del Concesionario que, en virtud de la prevalencia del derecho al debido proceso, el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 dispone que las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la Ley, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción; y que en materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones.

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

En razón a ello, considera el apoderado del Concesionario que, la actuación administrativa desarrollada en este procedimiento debió circunscribirse objetivamente a la verificación de la determinación expresa en el contrato de concesión de las obligaciones presuntamente incumplidas por el Concesionario FDP, esto es, determinar previamente si en el Contrato de Concesión, se estipularon expresamente las siguientes obligaciones:

- i) No violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No.09-CONP-98
- ii) Acreditación de la capacidad financiera, de conformidad con el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones
- iii) Deber de informar respecto de la modificación de la situación de control
- iv) Presentación oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato de concesión
- v) Contar con un Asistente Técnico Operativo
- vi) Deber de presentar los informes mensuales sobre ejecución del Plan de Normalización
- vii) Deber de asistir a las revisiones semestrales
- viii) Deber de realizar todas las inversiones previstas en el Plan de Normalización.

Así pues, señala el apoderado de FDP que una vez acreditado que el contrato de concesión estipulaba expresamente las anteriores obligaciones a cargo del Concesionario, la ANI debía determinar si efectivamente dichas obligaciones se habían incumplido con anterioridad a la fecha en que se notificaron los presuntos incumplimientos, esto es, el 9 de marzo de 2017.

- 1.2. La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y su Vicepresidencia de Gestión Contractual violaron el derecho al debido proceso y los principios de imparcialidad al no declarar el conflicto de intereses que fue puesto de presente en el presente procedimiento administrativo en cabeza del Señor Ramiro Rivera Roldán, incumpliendo así la obligación establecida en el numeral 81.4 del Contrato de Concesión 09-CONP-98.

Indica el apoderado del Concesionario que en discrepancia con lo señalado en la Resolución 1052 de 2017, FDP en la oportunidad prevista, objetó la documental aportada por quien se denomina Coordinador General de la Interventoría, Sr. Ramiro Rivera Roldán, por razón del conflicto de intereses -conforme lo dispuesto en la Cláusula 9.5. del Contrato de Interventoría que establece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o prohibición legal o conflictos de interés-.

Indica adicionalmente para fundamentar su posición que, en la Resolución recurrida no se desestimaron los informes rendidos por el Señor Ramiro Rivera como se había solicitado por parte de FDP, no obstante estar probado el claro conflicto de intereses existente, desconociendo con ello la obligación contractual asumida por la ANI en la cláusula 81.4 del Contrato de Concesión 09-CONP-981, razón por la cual, considera

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición
interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB
Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la
Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

se debe revocar la resolución recurrida por haber sido fundamentada en pruebas irregularmente aportadas con relación a los informes que emitió el Señor Ramiro Rivera Roldán, referido a los incumplimientos que aduce incurrió la sociedad Concesionaria, violando también, a su parecer, el debido proceso administrativo.

- 1.3. La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI y su Vicepresidencia de Gestión Contractual no eran competentes para emitir el acto administrativo que se recurre, pues debió haberse resuelto previamente la solicitud de Arreglo Directo incoada por el Concesionario.

Considera el apoderado del Concesionario que era procedente de manera preferente conforme al acuerdo contractual celebrado entre las partes, dar curso a la solicitud de Arreglo Directo efectuada por FDP el 01 de marzo de 2017, para posteriormente poder continuar con los procedimientos establecidos para la determinación de una eventual caducidad del contrato, pues en virtud del principio de legalidad y respeto a las estipulaciones contractuales válidamente celebradas al momento de la suscripción del contrato de concesión, las partes convinieron un procedimiento lícito para la solución de sus controversias tal como quedó expresado en la cláusula 130 del Contrato de Concesión.

Señala también que, el párrafo del artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 dispuso: "*PARÁGRAFO. En los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley por autonomía de la voluntad de las partes se podrá dar aplicación a las reglas que prevé el presente artículo.*", con lo cual, considera que es claro advertir que la norma citada y en la que se fundamentó la ANI para despachar desfavorablemente la excepción formulada no le es aplicable al Contrato de Concesión 09-CONP-98 dado que este contrato fue celebrado mucho antes de la expedición de la ley en cita por la ANI y las partes expresamente no han adherido a la aplicación de las reglas que prevé el artículo 14 de la Ley 1682 de 2013 y conforme a ello, su fundamentación jurídica no es la apropiada para resolver la excepción de falta de competencia formulada.

Concluye entonces que, la presente actuación se encuentra viciada por violación al debido proceso contractual y en tal sentido ha de revocarse la resolución impugnada, para en su lugar dar aplicación al mecanismo de solución de conflictos por la vía del arreglo directo establecida en la cláusula 130 del Contrato de Concesión 09-CONP-98 que fuera activada por la sociedad Concesionaria previamente al inicio del presente procedimiento administrativo.

- 1.4. No se encuentra claramente demostrado que FDP haya violado el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el contrato de Concesión No. 09-CONP-98 sin autorización de la entidad contratante, porque la propiedad accionaria de FDP no ha sido enajenada.

Señala el apoderado del Concesionario que la ANI no indicó en la Resolución recurrida en qué prueba se soporta para acreditar que hubo una venta de acciones

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

de algunos de los accionistas de FDP, concluyendo así que efectivamente no existió venta o transferencia de acciones de los accionistas de FDP entre ellos o a un tercero.

También señala el apoderado del Concesionario que la ANI no desvirtuó lo afirmado por FDP en cuanto a que el régimen de negociación de acciones que establecen las normas de orden público del Código de Comercio consagra como principio su libre negociabilidad, con las únicas limitaciones que textualmente allí se consagran sin que se limite el derecho a cederlas al interior de la empresa. Conforme a ello, considera el apoderado del Concesionario que, *"la participación de los socios en el capital pueden ser distribuidas según la voluntad de sus accionistas y las disposiciones estatutarias que no riñan con normas de orden público mercantil sin tener que consultar la autorización del contratante cuando de cesiones de participación se trate..."*

En todo caso, considera el apoderado recurrente que en el supuesto que FDP tuviera esa restricción de enajenar la propiedad accionaria, ello tampoco se hubiese transgredido pues no ha habido enajenación de la propiedad accionaria de FDP a terceros tal como lo ha endilgado la ANI. Así pues, concluye 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 sólo fue de una sociedad sobre la cual la ANI no tienen ninguna relación contractual, esto es Fenwick Group Corp y tampoco corresponde a un contrato de cesión del Contrato de Concesión, ni cesión de la condición de la parte proponente.

Señala también el recurrente que no hay prueba concluyente en la presente actuación que permita a la ANI aseverar que alguno de los accionistas de FDP haya vendido o transferido sus acciones a otro socio o a un tercero, y en tal sentido, no puede declararse el incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en los numerales 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7 numeral romano iv) del Pliego de Condiciones.

Adicionalmente indica que la Proforma 5 no se había radicado ante la ANI ya que para la época de la citación a audiencia aún se encontraban pendientes de ser aprobadas por las respectivas asambleas de accionistas de cada uno de los socios de FDP los respectivos balances contables e informes financieros del año 2016, por lo que la Proforma 5 que se debía enviar era la misma que ya tenía en sus archivos la ANI correspondiente al año 2015.

Por otra parte afirma que, la situación de control que presenta la Sociedad Fenwick Colombia S.A.S. no es del resorte de este procedimiento administrativo y tampoco las circunstancias societarias referidas a dicha sociedad se encuentran reguladas por el contrato de Concesión, razón por la que no pueden ser tenidas como prueba de un eventual incumplimiento grave de las obligaciones contractuales contenidas en los numerales 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7 numeral romano iv) del Pliego de Condiciones.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Finalmente sostiene que llama la atención que la ANI declare un incumplimiento de la Sociedad Fenwick Colombia S.A.S por no haber informado acerca del cambio de control, cuando dentro de la presente actuación a dicha sociedad no se le notificó el inicio de este procedimiento ni se le vinculó al mismo, por lo que debe ser declarada la ilegalidad de resolución recurrida y se le conceda a la referida sociedad la oportunidad de conocer los cargos que se formulan en la citación a audiencia para que ejerciten su derecho de defensa.

1.5. Inconformidad de lo manifestado por la ANI al indicar que encontró acreditado el incumplimiento de la obligación dispuesta por el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones por la falta de acreditación de la capacidad financiera.

Considera el apoderado del Concesionario que la ANI yerra al tratar de hacer extensiva la obligación de acreditar la capacidad económica del proponente al Concesionario, cuando la expresa cita que hace de la referida cláusula 2.6 del Pliego de Condiciones no hace referencia a que dicha obligación es extensiva luego de suscrito el contrato de concesión, pues dicha cláusula debe ser entendida para cumplir con el requisito de selección objetiva para la adjudicación del contrato de concesión.

En atención a ello concluye que no se puede predicar el incumplimiento de una obligación que ya fue cumplida en su entonces como requisito de garantía del principio de selección objetiva para ahora fundamentar la caducidad del contrato, además porque no se ha probado que en efecto, dicho eventual incumplimiento, en caso de serle exigible al actual concesionario, derive necesariamente en la paralización del contrato.

Finalmente, indica el apoderado del Concesionario que la certificación de la capacidad patrimonial, en la fecha en que fue requerida por la ANI se podía y era únicamente demostrable con la información correspondiente a los estados financieros que habían sido certificados y aprobados por las respectivas asambleas de accionistas de los socios de FDP con la información contenida en la proforma 5, que acepta la ANI le fue entregada por la Sociedad Concesionaria por lo que concluye que no se ha probado el incumplimiento de la referida obligación por parte de la ANI.

1.6. Inconformidad con relación a la declaratoria por parte de la ANI de 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.

Manifiesta el apoderado del Concesionario que en la Resolución recurrida, la ANI señaló que el oficio con radicado ANI No. 2016-704-038241-1 del 07 de diciembre de 2016 se contestó mediante la comunicación No. 2016-409119288-2 del 26 de

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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, por lo que considera que, al tratarse de una obligación objetiva de hacer, resulta claro que sí fueron atendidos los requerimientos formulados por la ANI respecto de los cuales se le ha convocado a esta audiencia de incumplimiento, independientemente de si la ANI está de acuerdo o no con el sentido de la respuesta, y por lo tanto, no se puede hablar de la configuración del incumplimiento endilgado, y en consecuencia debe ser revocada la resolución que declara la caducidad en tal sentido.

Así mismo, señala el apoderado del Concesionario que, no se evidencia cuál era la obligación contractual que tenía FDP para mantener o demostrar la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala – Vecturis y la sociedad Concesionaria, no obstante haber dado respuesta a todos los requerimientos efectuados por parte de la ANI. Adicionalmente indica que, pese al interés de la ANI en el referido conglomerado las citadas sociedades no fueron vinculadas a la presente actuación administrativa no obstante haberse solicitado su inclusión por parte de FDP.

Finalmente señala que, tampoco se demuestra o aparece probado en el expediente cómo el no suministrar información sobre la modificación de la estructura empresarial del referido conglomerado Trafigura – Impala - Vecturis conlleva a la paralización del contrato, por lo que con relación a esta situación no se ha demostrado por parte de la ANI uno de los requisitos esenciales para declarar el medio excepcional de caducidad del mismo.

1.7. Inconformidades con relación a la declaratoria de la ANI sobre el incumplimiento por la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas en el Contrato de Concesión conforme lo dispuesto por las cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión, al no encontrarse justificada la decisión adoptada por la Agencia de no prorrogar el período de normalización del Contrato de Concesión.

En primer lugar manifiesta el apoderado del Concesionario que la ANI abusó de su posición dominante al haber adoptado la decisión unilateral de no autorizar la prórroga del periodo de transición del Contrato de Concesión No 09-CONP-98, así como al exigir al Concesionario regresar a las condiciones iniciales de asegurabilidad del contrato, lo que incluyó la necesidad de aportar una póliza de cumplimiento del contrato por valor de diez millones de dólares norteamericanos a partir del 1º de enero de 2017, olvidando las ostensibles dificultades manifestadas por el Concesionario para lograr un nivel de aseguramiento como el exigido por la ANI de un día para otro.

Considera también el apoderado recurrente que no obra en el expediente prueba alguna que permita determinar que la ANI efectivamente verificó que las condiciones que justificaron acordar el periodo de transición del Contrato de Concesión

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

realmente se hubiesen superado, sometiendo de este modo al Concesionario a una posible situación de incumplimiento del contrato de concesión. Decisión esta de no prorrogar el periodo de transición que en términos del apoderado, se adoptó sólo hasta el 13 de marzo, esto es, posterior a la fecha en que ya se había denunciado el incumplimiento, razón por la cual debió la ANI reconocer en la Resolución recurrida la falta de exigibilidad de la obligación de asegurabilidad del contrato, dado que para la fecha de citación a audiencia no se había resuelto por parte de la entidad la inconformidad presentada por FDP con relación a su decisión de no prorrogar el periodo de transición.

También indica el apoderado del Concesionario que la ANI vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de FDP al no valorar probatoriamente el oficio emitido por FDP el 02 de noviembre de 2016 que contenía el informe de inversión de capital privado que se había ejecutado en el 2016, el cual se constituía como el soporte necesario para que la Agencia pudiera aprobar la solicitud de prórroga del periodo de transición del contrato, así como al haber afirmado la ANI que el Concesionario no presentó el Plan de Inversión, el cual, en términos del apoderado fue presentado al haber remitido el correo electrónico del 21 de diciembre de 2016 que citaba a comité para la presentación del mismo, al que ningún funcionario de la ANI asistió.

Así mismo señala que la ANI al no suscribir el acta de reunión del 16 de marzo de 2017, así como al haber emitido declaraciones en contra de FDP en medios de comunicación durante el mes de diciembre de 2016 y el primer trimestre de 2017, impidió que el Concesionario continuara con la gestión de obtención de pólizas de seguro y recursos financieros, constituyéndose esto como un eximente de responsabilidad que no fue valorado por la ANI en la resolución recurrida.

1.8. Inconformidades con relación a la declaratoria de la ANI sobre el incumplimiento por la no suscripción del contrato de Asistencia Técnica Operativa.

Afirma el apoderado del Concesionario que a su parecer, ha quedado demostrado que no se ha reemplazado el asistente técnico por lo que el contrato de asistencia técnica celebrado con Vecturis S.A. Sucursal Colombia sigue vigente, contrato que indica el apoderado, es irrenunciable por parte del mismo asistente y no ha terminado incluso por falta de pago, terminación que por dicho motivo sólo podría ser declarado por parte de un juez de la República y no por la ANI.

Finalmente concluye el apoderado recurrente que el actual asistente técnico operativo si está vigente, y no le es dable renunciar unilateralmente pues el contrato no ha sido terminado por mutuo acuerdo, no ha sido declarada la resolución del mismo por parte de autoridad judicial, no se han cumplido ni acreditado frente a la ANI los requisitos de transferencia de conocimiento y manuales del Asistente Técnico Operativo a FDP para que se pueda entender como terminado su contrato de asistencia y mucho menos se ha contratado un nuevo asistente técnico operativo por parte de FDP, razones suficientes que no fueron tenidas en cuenta por la ANI

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

para declarar como lo hizo el referido incumplimiento de contar con un asistente técnico operativo.

1.9. Inconformidades con relación a la declaratoria de la ANI sobre el 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.

Afirma el apoderado de FDP que la ANI violó el debido proceso y el derecho de defensa del Concesionario al no haber tenido en cuenta el memorando remitido por FDP el 2 de noviembre de 2016 que contenía el informe de inversión de capital privado que se había ejecutado en el 2016, así como al no haber justificado en la resolución recurrida que el no haber presentado el informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización sea un incumplimiento grave que tenga la suficiente influencia en la ejecución del contrato que amenace su paralización.

1.10. Inconformidades con relación a la tasación de los perjuicios sufridos por la concesión con los incumplimientos aducidos por la ANI.

Solicita el apoderado del Concesionario que se revoque el artículo tercero del resuelve de la resolución recurrida y en su lugar se declare la excepción de caducidad de la multa, o de no acceder a ello, solicita sea revocado el artículo tercero del resuelve de la resolución recurrida para que se practique mediante la intervención de perito contador la estimación de los perjuicios que aduce se le han causado la ANI, así como los que se le causaron a FDP, pues en la resolución atacada, no se explicó de forma detallada la estipulación específica en el contrato de cada una de las multas impuestas, ni la forma como se realiza su tasación legal y contractual. Así pues, concluye el recurrente que no es cierto que se hayan causado perjuicios que deba pagar la sociedad concesionaria en la cuantía que preliminarmente ha tasado la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI por cuanto los mismos no aparecen acreditados objetivamente y tampoco se ha producido incumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 en las que se pueda fundamentar la causación de tales perjuicios.

Adicionalmente, manifiesta el apoderado de FDP que en el contrato de Concesión se estipuló: i) en la cláusula 96 el régimen contractual para la imposición de multas a Ferrovías por incumplimiento de las obligaciones derivadas del citado contrato; ii) que como causal de terminación anticipada del contrato se estipuló en el numeral 105.1 que ello podría suceder "A solicitud de cualquiera de las partes por causa del incumplimiento del contrato por culpa imputable a la contraparte"; iii) que dicha terminación anticipada podría darse cuando el incumplimiento grave se predique de las obligaciones a cargo de Ferrovías, evento en el cual habría lugar a la indemnización de cualquiera de los contratantes. (Cláusula 113); iv) que en caso de la terminación anticipada del contrato por causa imputable a Ferrovías se causaría una indemnización a favor del Concesionario conforme lo acordado en la cláusula 115 del Contrato de Concesión; v) Como consecuencia de la terminación anticipada

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

del contrato de Concesión, se dispuso en las cláusulas 121, 122 y 123 las prestaciones especiales en favor del Concesionario respecto de los créditos no amortizados que hayan sido utilizados para efectuar inversiones en la infraestructura revertirle, así como las condiciones de pago de dichos créditos y las capitalizaciones no amortizadas previstas en la cláusula 121 citada.

Y conforme a ello solicita se proceda al pago de las indemnizaciones contractualmente pactadas a favor del Concesionario y para el efecto se dé cumplimiento al procedimiento correspondiente para su liquidación y pago a favor del Contratista.

2. Del recurso de reposición impetrado por CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

La aseguradora CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a través de su apoderado, presentó recurso de reposición a fin de que se revoque la Resolución No. 1052 de 2017 por la cual se resolvió declarar la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, y de no accederse a ello, se ACLARE en el sentido de que la responsabilidad de las aseguradoras se limita al valor asegurado en la Póliza No. 43313667 para el amparo de cumplimiento, esto es, a la suma de \$16.628.009.400, atendiendo el coaseguro pactado.

Para sustentar su petición, el apoderado de CHUBB hizo en primer lugar un resumen de los fundamentos de hecho y de derecho de la Resolución recurrida, para luego sustentar su oposición al acto administrativo bajo los siguientes argumentos:

2.1. Para el apoderado de la compañía aseguradora, los seis incumplimientos que la ANI consideró probados no son graves ni afectan directamente la ejecución del contrato de Concesión No. 09-CONP-98, porque no amenazaban con conducir a la paralización del mismo, razón por la que la Resolución recurrida es ilegal por desconocer el principio de tipicidad de las sanciones en materia administrativa, estar viciada por falsa motivación y desviación de poder.

En relación a ello, señala el apoderado de CHUBB que para declarar la caducidad del Contrato debían cumplirse los elementos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 pues la potestad sancionatoria está sujeta a los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, especialmente cuando se trata de la caducidad de los contratos estatales.

También alega el desconocimiento del principio de tipicidad de las sanciones y falsa motivación por cuanto los incumplimientos imputados no eran graves ni amenazaban con la paralización del servicio. Estima que así estuviesen acreditados los seis incumplimientos imputados, estos no están relacionados directamente con el servicio de operación de transporte público férreo de carga, que advierte, se reactivó el 10 de diciembre de 2016 según lo informado por el Concesionario en sus descargos y por lo siguiente:

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

- No hay amenaza de paralización del contrato por la infracción al régimen de enajenación de la propiedad accionaria, por cuanto, en su sentir, el cambio de accionistas no modifica los riesgos asumidos por el Concesionario quien sigue siendo el responsable ante su posible configuración, aunado a que la Agencia no puede considerar una posible afectación de la capacidad financiera requerida en el pliego de condiciones, en la medida en que no se trata de una obligación contractual.
- Sobre los incumplimientos a las garantías mínimas pactadas y el contrato de asistencia técnica operativa, dice que se sustentaron en hipótesis que no prueban la amenaza de paralización del servicio de red férrea, sino en la posible afectación del patrimonio público ante la ocurrencia de siniestros no amparados por una póliza.
- Respecto de la no respuesta a los requerimientos de la Agencia sobre la modificación de control, considera que con esto no se impide garantizar el servicio férreo, menos que amenace su parálisis.
- Sobre la omisión de presentar los informes mensuales detallados del estado de avance del Plan de Normalización, dice que no afecta la prestación del servicio, pues el incumplimiento sólo conlleva a que no se prorrogara el período de transición para su implementación de conformidad con el Otro sí No. 16.

Ahora bien, sobre la desviación de poder afirma CHUBB que el fin de la caducidad es el amparo del interés general asegurando la prestación de los servicios y no la mera sanción al contratista. Añade, que desde la citación para este proceso se advirtió la existencia de otro trámite sancionatorio con ocasión de la suspensión injustificada en la prestación del servicio de transporte férreo, actuación en la que se presentara como prueba un dictamen pericial traído a este proceso y según el cual la cesación de la prestación del servicio tuvo como causa la operación ilegal de carros de balineras, invasiones, cruces ilegales y minería ilegal, situaciones que dice no son atribuibles al Concesionario.

Señala además que la caducidad declarada en este trámite, resultó más conveniente para la Agencia que continuar con un proceso para la terminación anticipada que podría dar lugar a una indemnización pero que no era objeto de amparo en la Póliza de cumplimiento.

Apunta igualmente que la caducidad se declaró, pese a que persisten las mismas circunstancias que dieron lugar al Otro sí No. 16 del 5 de julio de 2013 para regularizar el Contrato.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

2.2. También indica el apoderado recurrente que los perjuicios que la ANI pretende le sea indemnizados no existen y no son consecuencia de los incumplimientos que declaró probados ni de la declaratoria de caducidad o por lo menos, no fueron acreditados, lo que en su criterio comporta una situación de falsa motivación, violación del principio de congruencia e indemnizatorio del seguro de cumplimiento.

Sustenta su afirmación en que, a su parecer, correspondía a la Agencia acreditar no sólo el incumplimiento, sino además -en virtud de la presunción de inocencia-, la carga probatoria respecto de los perjuicios causados con la declaratoria de caducidad del Contrato, motivo para que no puedan tenerse como probados por el hecho de no haber sido desvirtuados por el Concesionario.

Insiste el apoderado de CHUBB, que se configuró un error de hecho y de derecho al indicarse en el acto recurrido como perjuicios causados el valor asegurado en las Pólizas de cumplimiento, especialmente cuando: (i) no se determinó el daño patrimonial sufrido; (ii) la póliza de cumplimiento relacionada con el "Cumplimiento de las obligaciones de Conservación" fue expedida el 31 de diciembre de 2015 mediante Póliza No. 43313667 y entregada por el Concesionario a la ANI; y (iii) las Pólizas de cumplimiento de "*las demás obligaciones derivadas del contrato de concesión*" y "*del contrato de asistencia técnica*" no debían ser entregadas ni constituye un incumplimiento de este proceso administrativo sancionatorio, pues de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008, la primera póliza era obligación de la cesionaria del contrato TREN DE OCCIDENTE S.A., y la segunda, según el inciso cuarto y quinto de la cláusula 2.5.4 del Pliego de Condiciones del Contrato, correspondía a VECTURIS COLOMBIA S.A.S.

Así mismo, califica como absurda la exigencia a título de perjuicio, de pagar el valor que habría sido asegurado en las pólizas de cumplimiento referidas, lo que en sentir del recurrente desconoce el principio indemnizatorio de que trata el artículo 1088 del Código de Comercio, en virtud del cual la indemnización sólo es exigible por el *Estado cuando su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado o el hecho constitutivo de siniestro.*

Aunado a lo anterior, CHUBB dice que no es correcto el valor de las inversiones pendientes por ejecutar dentro del Plan de Normalización presentado y que la ANI pretende a título de indemnización. Al respecto, se remite a lo anunciado en los Descargos del Concesionario, en el sentido de que el valor de la inversión ejecutada ascendió a USD\$24.987.198 (76.58%), por lo que el valor dejado de invertir correspondería a USD\$7.642.727.

Para acreditar su dicho se remite a: (i) un correo electrónico del 26 de diciembre de 2016 con la información para el cálculo medio de la póliza de cumplimiento que debía constituirse conforme al Otrosí No. 19, según el cual, el valor de inversión del Plan de Normalización fue de USD\$24.987.198;56iiii47i4 y, (ii) las consideraciones del Otrosí No. 19, en las que se indicó que *el concesionario ya había invertido cerca de veintisiete millones de dólares.*

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

También alega el apoderado de CHUBB que ni de la declaratoria de incumplimiento ni de la caducidad del Contrato, nace la obligación de pagar las inversiones pendientes por ejecutar dentro del Plan de Normalización presentado por FDP, toda vez que no se indica con estas inversiones qué daños se indemnizarían, situación que dice el apoderado de CHUBB, afecta el principio de congruencia y el derecho de defensa, pues en su parecer, la Agencia se excedió de lo indicado en la citación, al tiempo que las inversiones exigidas no representan un lucro cesante, un daño emergente o la pérdida de oportunidad, pues las tan mencionadas inversiones no ingresarían al patrimonio de la entidad sino que se verían reflejadas en los bienes e infraestructura.

2.3. Finalmente afirma el apoderado de CHUBB que a lo largo de la Resolución recurrida, la ANI no demostró el incumplimiento de las cláusulas contractuales aducidas en la citación para descargos.

Así pues, indicó el apoderado recurrente que el Concesionario no incumplió la cláusula numeral 2.1.6.2., literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del pliego de condiciones, toda vez que no hubo enajenación de propiedad accionaria de FDP a terceros, en la medida en que los accionistas siguen siendo los mismos informados a la Agencia en la Proforma 5. Ahora, en el evento en que se requiriera autorización de la Agencia, según el Contrato la ANI *"está obligada a aceptar la enajenación de acciones salvo que encuentre acreditadas causales de incompatibilidad o inhabilidad en el cesionario o cuando evidencie la afectación de la capacidad patrimonial"*. Es decir, según el apoderado de CHUBB, se trata de un incumplimiento formal sin ningún efecto material.

También indica que el Concesionario no incumplió la obligación de acreditar la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria, en la medida en que las personas naturales y jurídicas que conforman la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., cumplen con lo establecido en el literal a) de la Cláusula 2.6. del Pliego de Condiciones en el sentido de poseer conjuntamente un patrimonio neto mayor a USD\$30.000.000. Con esto, estima el apoderado de CHUBB que se vicia el acto administrativo por falsa motivación *"al haber declarado el incumplimiento de un requisito habilitante exigido a los proponentes... y que en el Contrato no se incluyó como una obligación que tuviera que mantener perpetuamente..."*.

Por otra parte manifiesta que la sociedad Concesionaria no incumplió su obligación de entregar información sobre la modificación de control, establecida en la cláusula 13 del Contrato y numerales 2.4.3 y 2.5.3 del pliego de condiciones, en la medida en que según radicado 2016-409-119288-2 del 26 de diciembre de 2016 y radicado 2017-409-010718-2 del 1º de febrero de 2017, se manifestó a la ANI que, la sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico conserva los mismos accionistas y el cambio de administración tuvo lugar en noviembre de 2016 con ocasión de la compra de acciones de Fenwick Corp. en Panamá (Sociedad accionista mayoritario

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

de Sociedad Ferrocarril de Colombia S.A.S - antes Fenwick Colombia S.A.S- y accionista mayoritario de FDP).

Insiste el apoderado de CHUBB, en que no hay incumplimiento de la obligación de presentar las garantías mínimas exigidas en el contrato, teniendo en cuenta la negativa de la Agencia de aceptar la prórroga al periodo de transición para el año 2017, circunstancia que dice el apoderado de CHUBB, *"llevó a que se tuviera que acudir al mercado asegurador para obtener una póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, con un valor asegurado de USD\$10.000.000.00, que evidentemente iba a ser aún más difícil obtener habiéndose normalizado el Contrato, pese a no haberse dado las condiciones pactadas para ello, pues durante el periodo de transición precisamente se flexibilizaron tales garantías para efectos de permitir a FDP cumplir con dicha obligación ante la imposibilidad de hacerlo para los términos previstos en las cláusulas 71, 72 y 73 del Contrato"*.

Afirma también que no hay incumplimiento de la obligación de contar con un asistente técnico operativo, por cuanto se suscribió y está vigente el contrato con VECTURIS COLOMBIA S.A.S., y su terminación unilateral no implica que deje de ser responsable.

También señala que no hay incumplimiento del numeral 3º de la cláusula segunda del Otrosí No. 16, en la medida en que durante la ejecución del plan de normalización, se informaron sus avances y se acudió a los comités de regularización y concluye que se trata de una conclusión de la Interventoría calificada como infundada, toda vez que para enero de 2016, la Interventora no fungía como tal.

Finalmente afirma que la Agencia desatendió su obligación de colaboración para eliminar las afectaciones de terceros, lo que impidió la continuación del desarrollo de la concesión en condiciones de rentabilidad para la ejecución del Plan de Normalización.

3. Del recurso de reposición impetrado por SEGUROS DEL ESTADO S.A.

El apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A., solicita se revoque la Resolución No. 1052 de 2017, y de manera subsidiaria pide se revoque parcialmente el artículo TERCERO de dicho acto, cuantificando proporcionalmente los perjuicios que se dice se causaron con ocasión al presunto incumplimiento del Contratista y se proceda a compensar el valor de la sanción impuesta con los saldos que se le adeuden, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el numeral 6 de las condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Estatales.

Estas peticiones se sustentan por el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A. en los siguientes argumentos:

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

3.1. Alega el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A., que la ANI no tenía competencia para declarar el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, en razón a que conforme lo dispuesto en la Cláusula 130 del contrato, correspondía a la Agencia acudir previamente a los procedimientos acordados por las partes, en el sentido de que cualquier disputa que surgiera sobre su interpretación o ejecución, debe ser resuelta de manera amistosa por las partes, recurriendo en primer lugar, según la Cláusula 131 siguiente, a la conciliación, pacto que resultaba ser ley para las partes según lo dispuesto por el artículo 1602 del Código Civil y que en su sentir no puede ignorarse por virtud de la facultad sancionatoria aducida en el acto recurrido.

A esto suma que, la Agencia conforme lo establecido en el contrato y los antecedentes jurisprudenciales que cita, no está facultada para sancionar unilateralmente al contratista, de manera que debió acudir al juez natural del contrato, especialmente porque el contrato de Concesión No. 09-CON-98 fue suscrito el 18 de diciembre de 1998, en vigencia de la Ley 80 de 1993, y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

3.2. Considera el apoderado del Concesionario que la Resolución atacada carece de una cuantificación de perjuicios tasada de forma objetiva, y por ende considera que de ratificarse la tasación efectuada de los mismos se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa de conformidad con lo estipulado en los artículos 831 y 1088 del Código de Comercio.

Lo anterior en la medida que, en su parecer, en el acto recurrido se hizo efectiva la garantía de cumplimiento: (i) sin cuantificar el perjuicio que se dice sufrido por la Agencia; (ii) omitiendo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; (iii) sin soportar el daño que se dice sufrido por la entidad como consecuencia de la no entrega de pólizas; (iv) sin tener en cuenta el carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro y que los perjuicios reclamados provengan del acaecimiento del siniestro; y, (v) no se demostró ni la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida, como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio.

De otro lado, indica que con la decisión recurrida y ante la ausencia de cuantificación de los perjuicios exigidos por la entidad en la decisión recurrida, se configura un ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (artículos 831 y 1088 del Código de Comercio), motivo para que deba revocarse la Resolución o cuantificarse como corresponde el perjuicio reclamado.

III. CONSIDERACIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA SOBRE LOS RECURSOS INTERPUESTOS

En atención a los estrictos términos de los recursos impetrados tanto por el apoderado del Concesionario como de las compañías aseguradoras, esta Entidad

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

procederá a resolver todos los argumentos presentados, abordando en conjunto los que en idéntico sentido fueron planteados por los apoderados, en el siguiente orden:

1. Sobre la competencia de la Agencia Nacional de Infraestructura para emitir el Acto Administrativo recurrido.

Considera el apoderado del Concesionario que era procedente de manera preferente conforme al acuerdo contractual celebrado entre las partes, dar curso a la solicitud de Arreglo Directo efectuada por FDP el 01 de marzo de 2017, de conformidad con la Cláusula 130 del Contrato de Concesión, para posteriormente continuar con los procedimientos establecidos para la determinación de una eventual caducidad del contrato.

Concluye entonces que, la presente actuación se encuentra viciada por violación al debido proceso contractual y en tal sentido ha de revocarse la resolución impugnada, para en su lugar dar aplicación al mecanismo de solución de conflictos por la vía del arreglo directo establecida en la Cláusula 130 del Contrato de Concesión 09-CONP-98 que fuera activada por la sociedad Concesionaria previamente al inicio del presente procedimiento administrativo.

En el mismo sentido, el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A., señala que la ANI no tenía competencia para declarar el incumplimiento del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, en razón a que conforme lo dispuesto en la Cláusula 130 del Contrato, correspondía a la Agencia acudir previamente a los procedimientos acordados por las partes, en el sentido de que cualquier disputa que surgiera sobre su interpretación o ejecución, debe ser resuelta de manera amistosa por las partes.

A esto suma que, la Agencia conforme lo establecido en el Contrato y los antecedentes jurisprudenciales que cita, no está facultada para sancionar unilateralmente al Contratista, de manera que debió acudir al juez natural del contrato, especialmente porque el Contrato de Concesión No. 09-CON-98 fue suscrito el 18 de diciembre de 1998, en vigencia de la Ley 80 de 1993, y con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 1150 de 2007.

En relación a estos argumentos debe señalarse en primer lugar que las manifestaciones efectuadas por los apoderados para sustentar sus recursos de reposición una vez confrontadas con los argumentos expuestos a lo largo de la presente actuación administrativa, no presentan elementos nuevos de valoración diferentes a los analizados en la resolución recurrida.

En este sentido, para la ANI resulta claro que tal como se estableció en la Resolución 1052 de 2017, y también a lo largo de toda la actuación administrativa sancionatoria, el uso de los mecanismos para la solución de conflictos dispuesta en el Capítulo XXVII del Contrato de Concesión, no limita la facultad sancionatoria que tienen las entidades estatales como mecanismo para asegurar los cometidos estatales, facultad

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

esta que, entiéndase bien, se concibe como *un instrumento de autoprotección para preservar el orden jurídico institucional que habilitan a la administración 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.*¹

Prerrogativa esta que, de conformidad con lo dispuesto 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, corresponde también a una obligación en el deber de vigilancia de los contratos estatales.

Así pues, se reitera que tal como se dispuso en la Resolución recurrida, el ejercicio del deber de vigilancia no se ve limitado por la activación de los mecanismos alternativos para solución de conflictos, incluyendo la activación del trámite de arreglo directo, en la medida que es propio del contrato estatal la exigibilidad de las obligaciones pactadas en el contrato, pues lo 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 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 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), a partir de la cual resulta claro que el ejercicio de mecanismos alternativos para solucionar conflictos, no suspende 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.

En consecuencia, se colige que si bien, las partes contractualmente pactaron en sus Cláusulas 130 y siguientes 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, y resultado de dicha prerrogativa el trámite de la presente actuación administrativa.

¹ 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 resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Tan es así, que incluso el Tribunal de Arbitramento instalado con ocasión de la demanda arbitral presentada por el Concesionario el 11 de enero de 2018, ante la solicitud de medida cautelar consistente en que "*(...) se decrete la medida cautelar que los señores árbitros encuentren razonable para evitar que la ANI declare la Caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 o confirme la Resolución No. 1052 del 02 de agosto de 2017 ...*" resolvió, mediante Auto No. 3 del 30 de mayo de 2018, negar el decreto de las medidas cautelares solicitadas por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S.

La anterior decisión se adoptó teniendo en cuenta que, en criterio del Tribunal, de la medida cautelar solicitada por el apoderado del Concesionario no están dados los requerimientos que fija la ley para acceder al estudio y definición de una medida cautelar, pues considera el panel arbitral que no basta enunciar el tipo de medida que se pide y el objeto que se persigue, para cumplir con la carga que exige la ley.

De ello se advierte entonces que el Tribunal Arbitral rechazó la medida cautelar pretendida por el apoderado del Concesionario por no cumplir ella con los requisitos establecidos legalmente para su estudio y definición.

Por tanto, se concluye una vez más que al no haberse decretado medida cautelar alguna que suspenda el ejercicio de esas facultades exorbitantes de la administración, es deber de la entidad y de sus servidores públicos, en virtud del Principio de Responsabilidad de que trata el artículo 26 de la Ley 80 de 1993, buscar el cumplimiento de los fines de la contratación estatal, vigilar la correcta ejecución de los contratos y proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato, haciendo uso para ello de los denominados "*poderes exorbitantes*" que no buscan cosa distinta que la protección del interés colectivo, erigiéndose como una prerrogativa propia y exclusiva de la administración, que siempre apuntará y tendrá como norte el privilegiar el interés general.

En este punto, es preciso traer a colación la decisión del Consejo de Estado, Sección Segunda, en providencia del 1º de agosto de 2013, expediente de tutela No. AC-76001-23-33-000-2013-00539-01, en la que se resolvió un tema similar y se destacó lo siguiente:

"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 le asiste de velar por la guarda de los recursos públicos.

En consecuencia, se colige que a pesar de que existe una cláusula compromisoria entre las partes, lo cierto es que la ANI está en el deber y tiene el derecho de iniciar las actuaciones que estime necesarias para verificar la correcta ejecución de los contratos y velar por la debida utilización de los recursos públicos, de modo que el procedimiento sancionatorio en contra de la Sociedad Tren de Occidente goza de pleno respaldo constitucional y legal, y mal

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

podría hablarse de una situación desproporcionada o arbitraria que excede el ámbito de competencias otorgadas a la Agencia Nacional de Infraestructura. Así las cosas, la Sala dirá que con el inicio del trámite sancionatorio del artículo 86 del Estatuto Anticorrupción, la ANI no vulneró los derechos fundamentales de la Sociedad Concesionaria."

Adicional a lo anterior, debe advertirse que el 16 de marzo de 2017 se llevó a cabo reunión en las instalaciones de la ANI, con el fin de atender la solicitud elevada por el Concesionario a través del oficio con radicado ANI No. 2017-409-022049-2 del 1° de marzo de 2017, para revisar el estado de la concesión y escuchar una propuesta de normalización de los incumplimientos presentados en el marco del contrato de concesión, en aras de lograr una solución definitiva.

En dicha reunión se establecieron una serie de compromisos por parte de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. que *"permitirían, en el corto plazo, normalizar el contrato de concesión"*, y cuya fecha máxima de cumplimiento fue fijada para el 21 de abril de 2017, compromisos estos que se referían a: i) la acreditación de la capacidad financiera del concesionario, ii) la solicitud de la autorización de cambio de composición accionaria, iii) la presentación de las proformas 4 y 7 suscrita con FERROVIARIA ANDINA y FERROVIARIA ORIENTAL junto con la póliza de cumplimiento para ser el nuevo asistente técnico operativo, iv) la presentación de garantías y, v) la exposición de un nuevo plan de normalización.

Sin embargo, llegada la referida fecha, el Concesionario no cumplió ninguno de los compromisos pactados y, por el contrario, la Interventoría del proyecto notificó a la ANI de la *"parálisis total de la operación ferroviaria comercial y de mantenimiento"* a partir del 7 de abril de 2017, razón por la cual mediante oficio con radicado ANI No. 2017-704-015873-1 del 25 de mayo de 2017, la Vicepresidencia de Gestión Contractual de la Agencia señaló que *"es deber de la Agencia dar continuidad a los procesos sancionatorios en contra de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., con el fin de poder dar cumplimiento al artículo 3 de la Ley 80 de 1993 (...)"*

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 en la Cláusula 130 y siguientes del Contrato de Concesión, mecanismos estos -como el de arreglo directo- que en todo caso fueron atendidos por la Entidad.

2. Sobre el principio de legalidad observado durante la Actuación Administrativa Sancionatoria al estar contractualmente consagradas las obligaciones cuyo incumplimiento fue declarado en la Resolución 1052 de 2017.

En su recurso de reposición contra la Resolución 1052 de 2017, el apoderado del Concesionario indicó que la actuación administrativa desarrollada en este procedimiento debió circunscribirse objetivamente a la verificación de la

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

determinación expresa en el contrato de Concesión de las obligaciones presuntamente incumplidas por el Concesionario FDP, esto es, determinar previamente si en el Contrato de Concesión, se estipularon expresamente las siguientes obligaciones:

- i) No violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No.09-CONP-98
- ii) Acreditación de la capacidad financiera, de conformidad con el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones
- iii) Deber de informar respecto de la modificación de la situación de control
- iv) Presentación oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato de concesión
- v) Contar con un Asistente Técnico Operativo
- vi) Deber de presentar los informes mensuales sobre ejecución del Plan de Normalización
- vii) Deber de asistir a las revisiones semestrales
- viii) Deber de realizar todas las inversiones previstas en el Plan de Normalización.

Así pues, señala el apoderado de FDP que una vez acreditado que el contrato de Concesión estipulaba expresamente las anteriores obligaciones a cargo del Concesionario, la ANI debía determinar si efectivamente dichas obligaciones se habían incumplido con anterioridad a la fecha en que se notificaron los presuntos incumplimientos, esto es, el 9 de marzo de 2017, sin olvidar que en materia contractual el principio de legalidad tiene una serie de matices que lo tornan bien particular de la mano del principio de autonomía de la voluntad, como se puede evidenciar por lo dicho por el Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, en Sentencia de noviembre 13 de 2008 (rad. No. 17009).

"(...) el principio de legalidad, en materia contractual, tiene variantes, matices o características que no comparte el común de los procedimientos sancionatorios. Se trata del hecho de que aquel tiene diversas lecturas o aplicaciones: una fuerte y otra débil.

La primera hace alusión a que la falta y la sanción deben estar contempladas en una ley, en sentido formal o material, de manera que la garantía de la legalidad se incrusta en lo más íntimo del principio democrático, pues se exige que una norma con la jerarquía y solemnidad de la ley sea quien desarrolle el ius puniendi del Estado. De este tipo es el régimen sancionador penal, disciplinario, fiscal, y en materia contractual aplica para la sanción de caducidad.

La otra, la débil, donde se enmarcan la mayoría de las sanciones contractuales, hace relación a que lo determinante no es que una Ley sea quien contemple las faltas y las sanciones, sino que sea una norma -por ejemplo un reglamento- quien en forma previa y clara las estipule. A este grupo pertenecen buena parte de las sanciones administrativas, como las educativas, las cuales no están consagradas en una ley expedida por el legislador o por el ejecutivo al amparo de facultades extraordinarias, sino en simples reglamentos administrativos internos.

(...)

Por tanto, en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de la autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes -no la ley; pero autorizadas por ella- quienes definan esas

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de ius puniendi sui generis al que regula el art. 29 CP., en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad."

Es así como se puede establecer que el principio de legalidad en materia contractual no cuenta con la misma rigidez, frente a otro tipo de situaciones diferentes a las contractuales, donde los supuestos para la definición de incumplimiento de obligaciones que habiliten la imposición de las consecuencias pactadas, se nutren de todos los acuerdos logrados, más aún cuando el principio de la Autonomía de la Voluntad se encuentra autorizado por el inciso segundo del artículo 40² de la Ley 80 de 1993.

En atención a lo manifestado por el apoderado del Concesionario, debe señalar esta Agencia que los cargos imputados al Concesionario se basan efectivamente en el incumplimiento de las obligaciones contractualmente asignadas en cabeza del Concesionario FDP tal como se pasa a ver a continuación.

- Respecto de la obligación de no violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No.09-CONP-98

El Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, en el numeral 2.1.6.2., literal a) 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).

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:

(...)

² **Artículo 40°.- Del Contenido del Contrato Estatal.** Las estipulaciones de los contratos serán las que de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.

Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.

(...)

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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 las Cláusulas 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.

Así pues, de la simple lectura del contrato de Concesión resulta claro que FDP tenía la obligación de no violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecido en el Contrato de Concesión No.09-CONP-98, de conformidad con las cláusulas precitadas.

- Respecto de la obligación de acreditar la capacidad financiera, de conformidad con el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones

El numeral 2.6 del Pliego de Condiciones 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 resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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 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, el Proponente debe acreditar la capacidad financiera con las diferentes opciones dispuestas en el numeral precitado, exigencia que se hace extensible al contratista concesionario pues resultaría ilógico efectuar esta exigencia al proponente únicamente para efectos de asignar un contrato, y después olvidar dicho requerimiento a quien efectivamente ha celebrado el contrato estatal,

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

más aún cuando se habla de proponente en la etapa pre contractual pero realmente se transforma en contratista al haber superado las exigencias establecidas en el pliego de condiciones para posteriormente suscribir el contrato de concesión.

- Respecto del deber de informar la modificación de la situación de control.

La Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión No 09-CONP-98 de 1998 dispone: "*La obligación de responder en un plazo máximo de VEINTE (20) días corrientes, los requerimientos de aclaración o de información que le formule FERROVÍAS, plazo que podrá ser extendido a petición de EL CONCESIONARIO.*"

Así pues resulta claro que los requerimientos de aclaración o de información que le formule FERROVÍAS, actualmente la ANI, deben ser resueltos por la sociedad Concesionaria en un plazo máximo de veinte días, resaltando que para dar efectivo cumplimiento a dicha obligación contractual 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.

- Respecto de la obligación de presentar oportunamente las garantías mínimas exigidas en el contrato de Concesión

Para la Agencia resulta claro la existencia de la obligación contractualmente pactada por las partes para la presentación oportuna de las garantías mínimas exigidas en el contrato de concesión tal como se infiere de la simple lectura de las cláusulas 70, 71 y 72 del contrato de Concesión 09-CONP-98, 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.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

"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 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.

(...)"

- Respecto de la obligación de contar con un Asistente Técnico Operativo

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

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

de rehabilitación, el acuerdo de colaboración y coordinación administrativa, y los contratos de asistencia técnica que correspondan según las condiciones de su propuesta. (...)"

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, y quien debe garantizar que el mismo se encuentre vigente en el plazo contractualmente exigido.

- Respecto de la obligación de presentar los informes mensuales sobre ejecución del Plan de Normalización, el deber de asistir a las revisiones semestrales y realizar todas las inversiones previstas en el Plan de Normalización.

El Otrosí 16 al Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 señala respecto de la referida obligación lo siguiente:

"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".

De la simple lectura resulta claro que en el marco del precitado Otrosí, las partes asignaron en cabeza del Concesionario la obligación de presentar informes mensuales para dar cuenta de forma detallada del avance del Plan de Normalización, plan de normalización que prevé la obligación de asistir a revisiones semestrales y cumplir con todas las inversiones previstas en el mismo.

Así pues, mediante el ejercicio efectuado anteriormente de revisión para determinar que cada una de los incumplimientos que se endilgaron en la Resolución 1052 de 2017 efectivamente correspondiera a una obligación pactada en el Contrato de Concesión, se demuestra que lo solicitado por el apoderado del Concesionario en su recurso, esto es, tener acreditado que el contrato de Concesión estipulaba expresamente las referidas obligaciones a cargo del Concesionario, se cumplió a cabalidad por parte de la Agencia, por lo que es válido concluir que en ningún momento durante la presente actuación administrativa se vulneró el principio de legalidad que debe regir este tipo de actuaciones.

En consecuencia, teniendo claro que los incumplimientos que fueron declarados en la Resolución 1052 de 2017 corresponden a obligaciones que debieron ser

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

expresamente asumidas por las partes en el Contrato de Concesión, no resulta de recibo el argumento de violación al principio de legalidad dentro del presente proceso administrativo sancionatorio elevado por el apoderado del Concesionario.

3. Sobre la plena garantía del debido proceso y los principios de la imparcialidad por parte de la ANI en relación al conflicto de intereses alegado por el apoderado del Concesionario.

Indica el apoderado del Concesionario que en discrepancia con lo señalado en la Resolución 1052 de 2017, FDP en la oportunidad prevista, objetó la documental aportada por quien se denomina Coordinador General de la Interventoría, Sr. Ramiro Rivera Roldán, por razón del conflicto de intereses, conforme lo dispuesto en la Cláusula 9.5. del Contrato de Interventoría que establece el régimen de inhabilidades e incompatibilidades o prohibición legal o conflictos de interés.

Indica adicionalmente para fundamentar su posición que, en la Resolución recurrida no se desestimaron los informes rendidos por el Señor Ramiro Rivera como se había solicitado por parte de FDP, no obstante estar probado el claro conflicto de intereses existente, desconociendo con ello la obligación contractual asumida por la ANI en la Cláusula 81.4 del Contrato de Concesión 09-CONP-981, razón por la cual, considera se debe revocar la resolución recurrida por haber sido fundamentada en pruebas irregularmente aportadas con relación a los informes que emitió el Señor Ramiro Rivera Roldán, referido a los incumplimientos que aduce incurrió la sociedad Concesionaria, violando también, a su parecer, el debido proceso administrativo.

Respecto de lo argumentado por el apoderado del Concesionario en su recurso, es pertinente señalar en primer lugar que el conflicto de intereses al igual que las inhabilidades y las incompatibilidades deber expresarse en prohibiciones, por tanto i) Su consagración deber ser expresa, ii) su interpretación estricta, y iii) su aplicación no es extensiva o analógica.

En relación a ello, el Consejo de Estado, en la Sala de Consulta y Servicio Civil, radicación No. 2.045 (11001-03-06-000-2011-00001-00), ha manifestado que *"La jurisprudencia coincide en interpretar el conflicto de intereses como la concurrencia de intereses antagónicos en quien ejerce funciones públicas, por lo cual puede afectarse la transparencia de las decisiones que le competen y llevarlo a adoptar determinaciones de aprovechamiento personal, familiar o particular, en detrimento del interés público."*

Señalado ello, debe indicarse que para esta Entidad no resultó probado el conflicto de intereses endilgado en cabeza del señor Ramiro Rivera, Coordinador General de la Interventoría Consorcio Trenes del Pacífico, pues tal como quedó demostrado en la Resolución 1052 de 2017, los argumentos utilizados por el Concesionario para demostrar el supuesto conflicto de intereses parten de meras hipótesis y supuestos que por si mismos no invalidan la documentación que con fines probatorios se arrimó

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

al proceso, argumentos que en ningún momento invocaron de forma puntual causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad ni demostraron alguna situación concreta que contraríe el interés público o la transparencia en la gestión del contrato tanto en lo descargos presentados por el Concesionario como en la sustentación del recurso de reposición.

Así pues, los informes rendidos por la Interventoría que hicieron parte de la presente actuación administrativa sancionatoria acreditan en el sentir de la ANI 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, elemento necesario 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).

Ahora bien, en este escenario de motivos de inconformidad frente a la Resolución No. 1052 de 2017, el Apoderado de la Concesión presenta nuevamente como soporte probatorio un “PODER ESPECIAL” del 4 de agosto de 2014, suscrito en esta oportunidad por su poderdante y aceptación del Apoderado, situación ésta que tampoco resulta suficiente para 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 como ya se indicó, no se invoca causal alguna de inhabilidad e incompatibilidad ni tampoco se sustenta ni demuestra alguna situación concreta que contraríe el interés público o la transparencia en la gestión del contrato.

Adicionalmente, es pertinente señalar que el conflicto de intereses siempre se predica de la concurrencia de intereses objetivamente identificados como antagónico, sin embargo, para el presente caso, el hecho de haber trabajado y haberse desvinculado de FDP hace más de tres (3) años, demuestra que no existen intereses actuales contrapuestos, razón por la que no se encuentra inhabilitado para ejercer su profesión frente a quien en algún momento fue su empleador.

En consecuencia, los informes que emitió el señor Ramiro Rivera en calidad de Coordinador General de la Interventoría, no pueden ser calificados como “pruebas irregularmente aportadas” pues tal como se ha venido manifestando, la denuncia de conflicto de intereses efectuada no prosperó y en consecuencia la documentación aportada goza de plena validez y puede ser valorada dentro de la presente actuación administrativa sancionatoria, sin que con ello se viole el derecho al debido proceso y el principio de imparcialidad que siempre se le ha garantizado al Concesionario.

Una vez más reitera esta Agencia, 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 aun cuando sólo vienen siendo alegadas como un argumento de defensa en este

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

trámite y nada se 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.

Por lo anterior, no está llamado a prosperar el argumento elevado por el apoderado del Concesionario pues la Resolución 1052 de 2017 no se fundamentó en pruebas irregularmente aportadas ya que los informes de interventoría gozan de plena validez al no haberse demostrado el conflicto de intereses del Coordinador General de la Firma Interventora. En ese orden de ideas, la ANI no ha incumplido con la obligación asumida en la Cláusula 81.4 del Contrato de Concesión ni tampoco ha violado el debido proceso y el principio de imparcialidad que le asisten a la sociedad Concesionaria en el marco de la presente actuación administrativa sancionatoria.

4. Sobre la violación al régimen de enajenación de la propiedad accionaria establecida en el Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 sin autorización de la entidad concedente.

Señala el apoderado del Concesionario que la ANI no indicó en la Resolución recurrida en qué prueba se soporta para acreditar que hubo una venta de acciones de algunos de los accionistas de FDP, concluyendo así que efectivamente no existió venta o transferencia de acciones de los accionistas de FDP entre ellos o a un tercero.

También indica el mismo recurrente que no hay prueba concluyente en la presente actuación que permita a la ANI aseverar que alguno de los accionistas de FDP haya vendido o transferido sus acciones a otro socio o a un tercero, pues, asegura que la transferencia de acciones sólo fue de una sociedad sobre la cual la ANI no tiene ninguna relación contractual, esto es Fenwick Group Corp. (cuya situación de control, señala el apoderado, no es del resorte del procedimiento administrativo) y tampoco corresponde a un contrato de cesión del Contrato de Concesión, ni de la condición de la parte proponente y en tal sentido, no puede declararse el incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en los numerales 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7 numeral romano iv) del Pliego de Condiciones.

Finalmente dispone que no es posible declarar un incumplimiento de la sociedad Fenwick Colombia S.A.S por no informar acerca del cambio de control, cuando la ANI no le notificó el inicio de la actuación administrativa sancionatoria.

Respecto de este mismo asunto señala el apoderado de CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. que el Concesionario no incumplió la cláusula numeral 2.1.6.2., literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del pliego de condiciones, toda

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

vez que no hubo enajenación de propiedad accionaria de FDP a terceros, en la medida en que los accionistas siguen siendo los mismos informados a la Agencia en la Proforma 5. Indica que en todo caso, en el evento en que se requiriera autorización de la Agencia, según el Contrato la ANI *"está obligada a aceptar la enajenación de acciones salvo que encuentre acreditadas causales de incompatibilidad o inhabilidad en el cesionario o cuando evidencie la afectación de la capacidad patrimonial"*, por lo que considera se trata de un incumplimiento formal sin ningún efecto material.

También señala el apoderado de la compañía de seguros CHUBB que, el cambio de accionistas no modifica los riesgos asumidos por el Concesionario quien sigue siendo el responsable ante su posible configuración, aunado a que la Agencia no puede considerar una posible afectación de la capacidad financiera requerida en el pliego de condiciones, en la medida en que no se trata de una obligación contractual.

Para desatar los argumentos presentados por los apoderados recurrentes se efectuó nuevamente una revisión pormenorizada del expediente en donde se encontró la comunicación con radicado ANI No. 2016-409-096562 del 26 de octubre de 2016, a través de la cual, el concesionario informó a la Entidad que: *"la venta de Fenwick Group Corp. no representaría una cesión del contrato de concesión o de (sic) una cesión de las acciones de FDP. De hecho, tal como se contempla actualmente, la estructura accionaria de FDP permanecería sin cambios en la transacción propuesta y FDP continuaría en su calidad de titular de la concesión bajo el contrato de concesión"*.

En atención a lo informado por el Concesionario, y con fundamento en el conocimiento que tuvo la Agencia acerca de la adquisición de acciones de Fenwick Group Corp. por la sociedad Taller Industrial Ferrocarril de Antioquia Ltda., mediante comunicación con radicado ANI No. 2016-704-038241-1 del 7 de diciembre de 2016, la Agencia requirió al concesionario con el fin de que presentara la composición accionaria actual de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. debidamente certificada por el respectivo revisor fiscal, con el fin de verificar el cumplimiento de la obligación contenida en el Numeral 2.6. del Pliego de Condiciones.

A efectos de atender dicho requerimiento, el Concesionario a través de la comunicación con radicado ANI No. 2016-409-119288-2 del 28 de diciembre de 2016, afirmó que no había cambiado su composición accionaria pues conservaba 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"*. Sin embargo, dicha información no se encontraba certificada por el revisor fiscal del concesionario, tal como lo solicitó la Entidad en su requerimiento.

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

También observa este Despacho que mediante la comunicación con radicado ANI No. 2017-704-000144-1 del 4 de enero de 2017, la Agencia le recordó al concesionario que *"el pliego de condiciones establece la restricción (que también deberían reflejar los estatutos sociales) de la enajenación de la propiedad accionaria o de la participación social de los asociados de manera concordante con el numeral 2.7. del Pliego de Condiciones, por lo que los cambios que se informaron en la participación accionaria de los asociados del concesionario presuntamente violaron la anterior restricción, por lo que se requiere explicación al respecto"* y se le instó a responder el requerimiento realizado mediante la comunicación 2016-704-038241-1 del 7 de diciembre de 2016.

También encontró este Despacho en sede de recurso que, posteriormente, a través de la comunicación con radicado ANI No. 2017-409-010718-2 del 1º de febrero de 2017, el concesionario reiteró que no había cambiado su composición accionaria, dado que conservaba los mismos accionistas y respecto de la modificación del número de acciones y el porcentaje de participación de cada uno de los socios señaló que *(...) evidentemente estos valores varían y continuarán variando mientras sea necesario capitalizar la sociedad...*, sin que ello implique que se incumplan los requisitos previstos en el Numeral 2.6. del Pliego de condiciones. De igual manera informó que el 30 de enero de 2017 fue convocada la junta directiva para que emitiera un reglamento de suscripción de acciones que permitiera enervar la causal de disolución por pérdidas, por lo que señaló que una vez finalizara con esta operación enviará la proforma 5 a la Agencia. Sin embargo, a la fecha, el Concesionario no ha remitido el mencionado documento.

Por otra parte, mediante comunicación 2017-704-004537-1 del 16 de febrero de 2017, la Agencia le solicitó al revisor fiscal del concesionario *"enviar una certificación en la que consten todas las modificaciones de la composición accionaria de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., de acuerdo con lo registrado en el libro de accionistas"*, solicitud que tampoco ha sido atendida.

De los hechos anteriormente registrados se desprende efectivamente que la sociedad concesionaria informó a la entidad, de la compra de las acciones de Fenwick Group Corp. en Panamá, y que no remitió a la Entidad la nueva composición accionaria debidamente certificada por revisor fiscal que le permitiera a la Entidad efectuar la revisión del porcentaje de participación accionaria de cada uno de los socios.

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:

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

"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."

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 de diciembre de 2016 en respuesta al oficio No. 2016-704-038241-1 del 7 de diciembre de 2016, 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."

Adicionalmente, encuentra este despacho que mediante comunicación con radicado ANI No. 2017-409-017674-2 del 20 de febrero de 2017, la Superintendencia de Puertos y Transporte, remitió copia del Acta 41 de la Asamblea de Accionistas de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. en la que se lee que: **i)** la participación accionaria de la sociedad FENWICK COLOMBIA S.A.S., es del 99.63%; **ii)** que la mencionada sociedad se encuentra en causal de disolución por pérdidas, **iii)** que, por razón de lo anterior, se incluyó en el orden del día la consideración de enervamiento de la causal; una capitalización y la remoción y elección del nuevo revisor fiscal.

De dicho documento, resulta claro que la composición accionaria de FDP ha cambiado pues la participación de Fenwick Colombia S.A.S. ha aumentado. Adicionalmente, se concluye también 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,

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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.

En el mismo sentido, es pertinente reiterar que, 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.

De ello resulta claro que, revisada la composición accionaria del concesionario, es evidente que ha cambiado, toda vez que Fenwick Colombia S.A.S- hoy Ferrocarril de Colombia S.A.S. tiene un porcentaje de participación equivalente al 99.66%, por lo que en criterio de la Agencia se ha presentado una variación en su composición, agravado por el hecho de la negativa del concesionario de remitir a la Entidad la certificación expedida por el revisor fiscal en la que consten todas las modificaciones de la composición accionaria de la sociedad FDP, de acuerdo a lo registrado en el libro de accionistas, información requerida reiteradamente, y que eventualmente permitiera demostrar clara e inequívocamente la motivación de tal variación, esto es, si fue resultado de una enajenación, cesión, capitalización o cualquiera otra operación.

Ahora bien, encuentra también este despacho que en el expediente obra la comunicación con radicado ANI No. 2017-408-088402-2 del 18 de agosto de 2017, a través de la cual, el gerente general del Concesionario da a *"conocer la composición accionaria de la sociedad debidamente certificada por el señor Revisor Fiscal de la Sociedad."*, reiterando además, que *"los accionistas de la sociedad continúan siendo los mismos que fueron reportados en la última proforma 5 y si bien ha podido variar el número de acciones suscritas y el porcentaje de participación accionaria de cada uno de los socios, es necesario precisar que dicha variabilidad obedece a las operaciones económicas realizadas al interior de la compañía según la regulación comercial aplicable para dar cumplimiento a la capitalización que decretó la Asamblea General de Accionistas para enervar la causal de disolución por pérdidas que la venía afectando."*

Frente a dicha comunicación, se observa que mediante oficio con radicado ANI No. 2017-307-029073-1 del 8 de septiembre de 2017, la ANI informó al Concesionario que la comunicación remitida por el concesionario *"no cumple con el requerimiento efectuado por la Agencia, toda vez que no fue remitida la certificación de la composición accionaria de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. de acuerdo con lo registrado en el libro de accionistas."*

Así mismo, en la referida respuesta se cuestiona sobre la información remitida en tanto que no es concordante con la publicada en el certificado de existencia y representación legal del concesionario por lo que se le requiere para que remita las

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

explicaciones por parte del revisor fiscal relacionada con la inconsistencia de la información referida al capital autorizado, suscrito y pagado.

También se señaló en la respuesta dada por la Entidad que, a partir de la documentación remitida se observó que las sociedades OPP Graneles S.A. e Imecol S.A. cambiaron su participación accionaria así:

Empresa	Participación Accionaria 2013	Participación Accionaria 2017
OPP GRANELES S.A.	22.81%	0.13%
IMECOL S.A.	8.49%	0.05%

Así pues, se concluyó en dicha comunicación que, de acuerdo con el último reporte, cada una de esas sociedades posee un porcentaje menor al cinco por ciento (5%) de la sociedad concesionaria y la única empresa con un porcentaje mayor es la sociedad Ferrocarril de Colombia S.A.S. antes Fenwick de Colombia S.A.S., que de conformidad con el documento posee el 99.66% de la composición accionaria. Por ello, y de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones, se requirió a la Sociedad Ferrocarril de Colombia S.A.S. para que acreditara su patrimonio neto.

En este sentido, se requirió que el Concesionario remitiera certificación suscrita por el revisor fiscal donde constaran todas las modificaciones de la composición accionaria de acuerdo con lo registrado en el libro de accionistas, y se le requirió nuevamente para allegar la proforma 5 bajo las condiciones pactadas en el Pliego de Condiciones, sin que a la fecha se halla dado efectiva respuesta, razón por la cual, al observar que Fenwick Colombia S.A.S., hoy Ferrocarril de Colombia S.A.S., tiene un porcentaje de participación equivalente al 99.66%, genera un cambio en la composición accionaria sin el cumplimiento de los requisitos exigidos contractualmente.

Por ello, y con base en las pruebas que obran en la actuación administrativa, concluye este Despacho que efectivamente hubo un cambio en la composición accionaria sin el cumplimiento de los requisitos exigidos contractualmente.

Así pues, no resultan de recibo los argumentos elevados por el apoderado del Concesionario en lo que se refiere a que no existen pruebas dentro del procedimiento administrativo sancionatorio que le permitieran a la Entidad declarar el incumplimiento de la obligación de no violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria, pues tal como se demostró en líneas precedentes, la declaratoria de incumplimiento se basó en diversos medios de prueba que dotaron de certeza a la Entidad.

Por otra parte, tampoco es de recibo el argumento del apoderado del Concesionario cuando afirma que no es posible declarar un incumplimiento de la sociedad Fenwick

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Colombia S.A.S por no informar acerca del cambio de control, cuando la ANI no le notificó el inicio de la actuación administrativa sancionatoria.

Lo anterior en la medida que, la declaratoria de incumplimiento no recae sobre la sociedad Fenwick Colombia S.A.S., sino sobre la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., quien es la única titular del contrato de concesión y por ende la responsable del cumplimiento de las obligaciones pactadas, por lo que no resultaba ni obligatoria ni necesaria la vinculación al proceso sancionatorio de la referida sociedad.

Adicionalmente no resulta cierta la conclusión a la que arriba el apoderado de la aseguradora CHUBB cuando indica que la ANI *"está obligada a aceptar la enajenación de acciones salvo que encuentre acreditadas causales de incompatibilidad o inhabilidad en el cesionario o cuando evidencie la afectación de la capacidad patrimonial"*, por lo que considera se trata de un incumplimiento formal sin ningún efecto material.

Ello ya que, al haberse obligado los accionistas de la sociedad concesionaria a limitar su facultad de enajenar libremente sus acciones sin haber cumplido con el procedimiento de la Cláusula 2.7. se le otorgaba a la entidad concedente la facultad de 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, lo que no resulta ser un tema meramente formal.

También señala el apoderado del Concesionario que la ANI no desvirtuó lo afirmado por FDP en cuanto a que el régimen de negociación de acciones que establecen las normas de orden público del Código de Comercio consagra como principio su libre negociabilidad, con las únicas limitaciones que textualmente allí se consagran sin que se limite el derecho a cederlas al interior de la empresa. Conforme a ello, considera el apoderado del Concesionario que, *"la participación de los socios en el capital pueden ser distribuidas según la voluntad de sus accionistas y las disposiciones estatutarias que no riñan con normas de orden público mercantil sin tener que consultar la autorización del contratante cuando de cesiones de participación se trate..."*

En todo caso, considera el apoderado recurrente que en el supuesto que FDP tuviera esa restricción de enajenar la propiedad accionaria, ello tampoco se hubiese transgredido pues no ha habido enajenación de la propiedad accionaria de FDP a terceros tal como lo ha endilgado la ANI. Así pues, concluye 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 sólo fue de una sociedad sobre la cual la ANI no tienen ninguna relación contractual, esto es Fenwick Group Corp. y tampoco corresponde a un contrato de cesión del Contrato de Concesión, ni cesión de la condición de la parte proponente.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Respecto al argumento elaborado por el apoderado del Concesionario en lo que atañe a que el régimen de negociación de acciones que establecen las normas de orden público del Código de Comercio consagra como principio su libre negociabilidad, es importante recordar que si bien ello es cierto, de conformidad con lo estipulado en el Contrato de Concesión, 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.

Y en este punto resulta pertinente recordar que, tal como lo ha manifestado el Consejo de Estado³, *"el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales."*

Por otra parte afirma el apoderado del Concesionario que, llama la atención que la ANI declare un incumplimiento de la Sociedad Fenwick Colombia S.A.S. por no haber informado acerca del cambio de control, cuando dentro de la presente actuación a dicha sociedad no se le notificó el inicio de este procedimiento ni se le vinculó al mismo, por lo que debe ser declarada la ilegalidad de la resolución recurrida y se le conceda a la referida sociedad la oportunidad de conocer los cargos que se formulan en la citación a audiencia para que ejerciten su derecho de defensa.

Respecto de este argumento es pertinente reiterar que en ningún momento esta Entidad declaró el incumplimiento de la Sociedad Fenwick Colombia S.A.S. pues la presente actuación sancionatoria no se dirige en contra de ella sino de Ferrocarril del Pacífico S.A.S., en su calidad de titular del Contrato de Concesión 09-CONP-98 de 1998, de lo que se deriva que es la referida sociedad quien tiene en su cabeza el deber de cumplir las obligaciones pactadas en el contrato y a quien ante el presunto incumplimiento de alguna de ellas resulta exigible el cumplimiento de las mismas.

Más aún cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo segundo de la Ley 1258 de 2008, la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., al ser una sociedad por acciones simplificada, resulta ser una persona jurídica distinta de sus accionistas.

Así pues, como ya se indicó a lo largo de la presente actuación, resulta claro para la Agencia que la actuación se adelantó por el presunto incumplimiento de ciertas obligaciones contractuales, cuya acreditación de cumplimiento ante esta Entidad le corresponde única y exclusivamente al Concesionario en su calidad de titular del Contrato de Concesión, independientemente de las gestiones internas que realice

³ CE, S3, C.P. Danilo Rojas Betancourth, Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217).

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

con sus accionistas para lograr el cumplimiento de sus obligaciones; por tanto, no tiene la ANI la obligación de vincular a cualquier otra empresa que resulte ser accionista de Ferrocarriles del Pacífico S.A.S. pues la actuación administrativa no se dirige contra ella sino contra la nueva persona, que en virtud del acuerdo de voluntades efectuado, fue creada.

Ahora bien, la única pluralidad de sujetos del que se puede hablar en el extremo procesal pasivo de la presente actuación es el que conforma tanto el Concesionario como las Compañías aseguradoras CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. Y SEGUROS DEL ESTADO S.A., las cuales se encuentran debidamente vinculadas a la actuación administrativa sancionatoria. Por tanto, tal como se señaló en la resolución recurrida y a lo largo de la actuación sancionatoria, no puede hablarse de conceder a la Sociedad Fenwick Colombia S.A.S. la oportunidad para conocer los cargos que se formulan con el oficio que dio inicio a esta audiencia y si lo tiene a bien ejercite su derecho de defensa y contradicción de las pruebas que han sido aportadas al presente procedimiento administrativo con relación al incumplimiento que ahora se le ha hecho igualmente extensivo, pues la actuación administrativa sancionatoria se adelantó con quienes debieron concurrir a la misma.

Finalmente, señala el apoderado de Chubb que no hay amenaza de paralización del contrato de Concesión No. 09-CONP-98 por la infracción al régimen de enajenación de la propiedad accionaria, por cuanto, en su sentir, el cambio de accionistas no modifica los riesgos asumidos por el Concesionario quien sigue siendo el responsable ante su posible configuración.

Al respecto debe señalar este Despacho que, tal como se ha señalado a lo largo del presente numeral, si bien el Concesionario es el único responsable frente a los incumplimientos que se le lleguen a imputar, también es cierto que al violar el régimen de enajenación de la propiedad accionaria dispuesto en el Contrato de concesión, cercenó el derecho que tiene la Entidad de evaluar la existencia de posibles causales de incompatibilidad o inhabilidad, así como de una posible afectación de la capacidad patrimonial del concesionario.

Sin embargo, para desatar el argumento planteado es necesario revisar lo dispuesto en la doctrina en esta materia. Al respecto se ha indicado que:

"no basta con cualquier incumplimiento, sino que es preciso que sea verdadero y propio, grave, esencial, de importancia y trascendencia para la economía de los interesados, o que tenga la entidad suficiente como para impedir la satisfacción económica de las partes. Otras sentencias han hecho hincapié en que el incumplimiento que faculta para resolver ha de suponer la falta de obtención de la finalidad perseguida por las partes mediante el contrato, o la frustración de las legítimas expectativas de las partes, de sus aspiraciones o del fin del contrato, o la quiebra de la finalidad económica del contrato, o la frustración del fin práctico perseguido por el negocio o un

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

*interés atendible, o afectar el objeto principal del contrato, o ser de tal importancia en la economía del contrato que justifique la resolución."*⁴

Así pues, resulta claro que se requiere que el incumplimiento imputado sea de tal magnitud que le cause al otro extremo del contrato un perjuicio digno de ser tenido en cuenta.

Por ende, concuerda esta instancia con lo señalado por el apoderado recurrente en que el referido incumplimiento no tiene la entidad para conllevar a la paralización del contrato pues, no corresponde a una de aquellas obligaciones que guarda relación directa con las actividades que componen el objeto contractual, es decir, con las obligaciones que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, razón por la cual no puede concluir este Despacho que el incumplimiento encontrado conlleve a la paralización del contrato.

Por tanto, teniendo en cuenta que se trata de un incumplimiento acreditado pero que el mismo no tiene la entidad para acarrear por sí sólo la paralización del contrato, se procederá a confirmar la declaratoria de incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión; y a revocar lo dispuesto en la Resolución 1052 de 2017 en lo que atañe a la declaratoria de caducidad del mismo.

5. Sobre la falta de acreditación de la capacidad financiera de acuerdo al numeral 2.6. del Pliego de Condiciones.

Considera el apoderado del Concesionario que la ANI yerra al tratar de hacer extensiva la obligación de acreditar la capacidad económica del proponente al concesionario, cuando la expresa cita que hace de la cláusula 2.6 del Pliego de Condiciones no hace referencia a que dicha obligación es extensiva luego de suscrito el Contrato de Concesión al concesionario, pues dicha cláusula debe ser entendida para cumplir con el requisito de selección objetiva para la adjudicación del contrato de concesión.

En atención a ello concluye que no se puede predicar el incumplimiento de una obligación que ya fue cumplida en su entonces como requisito de garantía del principio de selección objetiva para ahora fundamentar la caducidad del contrato, además porque no se ha probado que, en efecto, dicho eventual incumplimiento, en caso de serle exigible al actual concesionario, derive necesariamente en la paralización del contrato.

⁴ VILLAMIL Portilla Edgardo, *Levedad del incumplimiento contractual y otros ensayos*, Villamil portilla Editores, Bogotá, 2016, pág. 63.

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

Por su parte el apoderado de CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS indicó que el Concesionario no incumplió la obligación de acreditar la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria, en la medida en que las personas naturales y jurídicas que conforman la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., cumplen con lo establecido en el literal a) de la Cláusula 2.6. del Pliego de Condiciones en el sentido de poseer conjuntamente un patrimonio neto mayor a USD\$30.000.000. Con esto, estima el apoderado de CHUBB que se vicia el acto administrativo por falsa motivación *"al haber declarado el incumplimiento de un requisito habilitante exigido a los proponentes... y que en el Contrato no se incluyó como una obligación que tuviera que mantener perpetuamente..."*.

Respecto de lo manifestado tanto por el apoderado del Concesionario como de la Compañía aseguradora CHUBB debe en primer lugar indicar esta entidad que los requisitos acreditados en la etapa contractual permiten medir la aptitud de los proponentes para participar en el proceso de contratación y determinar quiénes están en condiciones de cumplir con el objeto del Proceso de Contratación⁵.

Así mismo, los indicadores de capacidad financiera buscan establecer unas condiciones mínimas que reflejan la salud financiera de los proponentes a través de su liquidez y endeudamiento, lo que sirve para determinar la aptitud del proponente para cumplir oportuna y cabalmente el objeto del contrato, capacidad que en todo caso siempre debe ser adecuada y proporcional a la naturaleza y al valor del mismo.

De lo anterior resulta claro que el cumplimiento de los requisitos exigidos en la etapa contractual se traduce en una garantía para la selección de un contratista idóneo para la ejecución del contrato, de modo tal que resulta ilógico interpretar que el cumplimiento de dichos requisitos se exige únicamente en etapa precontractual sin que sea necesario continuar en la etapa contractual su cumplimiento.

De aceptarse la anterior interpretación se estarían vulnerando los principios de transparencia, igualdad, imparcialidad, moralidad y de selección objetiva pues cualquier persona podría participar en un proceso de contratación, adjudicársele un contrato en razón a las calidades demostradas al interior del proceso contractual y posteriormente modificar aquellas características por las cuales se transformó de proponente a contratista de la nación y con ello afectar la ejecución del contrato, tal como sucedió en el caso *sub judice*.

Tal como se dispuso en numeral anterior del presente acto, para la Entidad resulta claro que el Proponente debe acreditar la capacidad financiera con las diferentes opciones dispuestas en la Cláusula 2.6. del Pliego de Condiciones, exigencia que se hace extensible al contratista concesionario pues resultaría ilógico efectuar esta exigencia al proponente únicamente para efectos de asignar un contrato, y después olvidar dicho requerimiento a quien efectivamente ha celebrado el contrato estatal,

⁵ Ver Manual para determinar y verificar los requisitos en los Procesos de Contratación, Colombia Compra Eficiente.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

más aún cuando se habla de proponente en la etapa pre contractual pero realmente se transforma en contratista al haber superado las exigencias establecidas en el pliego de condiciones para posteriormente suscribir el contrato de concesión.

Para sustentar dicha posición, es importante traer a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Tercera, que en providencia del 24 de julio de 2013, con radicación numero 05001-23-31-000-1998-00833-01(25642), señaló sobre la naturaleza jurídica de los pliegos de condiciones lo siguiente:

"Los pliegos de condiciones han sido definidos como un acto jurídico mixto que nace como un acto administrativo de contenido general, y que, con la adjudicación y suscripción del contrato estatal, algunos de sus contenidos se transforman para incorporarse al texto del negocio jurídico y, por consiguiente, se convierten en cláusulas vinculantes del mismo.

(...)

El pliego es el acto sobre el cual se desarrolla el proceso de selección y la ejecución del contrato, por lo tanto, se erige como la hoja de ruta o el plan de navegación sobre el cual se diseña, estructura y concreta el denominado proceso contractual de la administración pública; por consiguiente, todo su contenido es obligatorio para las partes, al grado tal que sus disposiciones prevalecen sobre el clausulado del contrato una vez suscrito el mismo. En otros términos, entre una discrepancia y divergencia entre el pliego de condiciones y el contrato, prevalecerá aquél sobre este último.

(...)el pliego, según la jurisprudencia, contiene derechos y obligaciones de los futuros contratantes, quienes no pueden modificar libremente sus disposiciones del pliego en el contrato que han de celebrar. Ahora bien, para precisar el alcance de esta orientación jurisprudencial, conviene tener en cuenta que, en el pliego de condiciones, se distinguen dos grupos normativos: los que rigen el procedimiento de selección del contratista y los que fijan el contenido del contrato que habrá de suscribirse. Respecto del primero la intangibilidad del pliego se impone en desarrollo de los principios que rigen la licitación, tales como el de igualdad, transparencia y de selección objetiva del contratista, bajo el entendido de que sería abiertamente violatorio de los mismos, que la entidad modificara, a su arbitrio, las reglas de la selección. En relación con el segundo grupo, es decir con las normas que establecen las disposiciones jurídico negociales del contrato a celebrarse, la intangibilidad del pliego garantiza la efectividad de los derechos y obligaciones previstos para los futuros co-contratantes."

Así pues, de la jurisprudencia precitada concluye este despacho que el pliego no es sólo la ruta del procedimiento administrativo de selección del contratista, sino también establece las reglas propias del negocio jurídico, es decir, aquellas que harán parte del contrato estatal, de forma tal que la regla general consiste en que, en el marco de la ejecución contractual tanto contratista -adjudicatario de la etapa precontractual- como la entidad, se sometan a lo dispuesto en el pliego de condiciones, razón por la que les resulta exigible el cumplimiento de sus estipulaciones no sólo respecto de los elementos del contrato que ha de celebrarse, sino también del procedimiento de selección del contratista, lo que claramente incluye la acreditación de los requisitos mínimos exigidos al proponente para ser seleccionado, tales como el de capacidad financiera.

Por ello, esta Entidad concluye que la obligación de demostrar la capacidad financiera establecida en el numeral 2.6. del Pliego de Condiciones del Contrato de

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Concesión resulta exigible en la etapa contractual, más aún cuando el mismo pliego hace parte integral del contrato de concesión.

Así pues demostrada la exigibilidad de dicha obligación, resulta importante señalar que el referido pliego establece que la capacidad económica se debe acreditar con el diligenciamiento de la Proforma 5, siguiendo las instrucciones establecidas en el formato, a más de la facultad que tiene la Entidad para solicitar la información contable que esté certificada por un auditor o revisor fiscal.

Sin embargo, a lo largo de la actuación administrativa no obra prueba alguna que permita concluir que las personas naturales y jurídicas que conforman la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., cumplen con lo establecido en el literal a) de la Cláusula 2.6. del Pliego de Condiciones en el sentido de poseer conjuntamente un patrimonio neto mayor a USD\$30.000.000., pues tal como se indicó en la resolución recurrida, el concesionario no indicó claramente quién o quiénes eran los socios que acreditaban su capacidad financiera, 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, ni tampoco ha sido remitido al equipo de supervisión del Contrato de Concesión.

También indica el apoderado del Concesionario que la certificación de la capacidad patrimonial, en la fecha en que fue requerida por la ANI se podía y era únicamente demostrable con la información correspondiente a los estados financieros que habían sido certificados y aprobados por las respectivas asambleas de accionistas de los socios de FDP con la información contenida en la proforma 5, que acepta la ANI le fue entregada por la Sociedad Concesionaria por lo que concluye que no se ha probado el incumplimiento de la referida obligación por parte de la ANI.

En relación a lo alegado por el apoderado del Concesionario es preciso señalar que, a lo largo de la actuación administrativa resultó probado que FDP no ha presentado la proforma 5 actualizada para certificar la capacidad patrimonial pues como se dijo en la resolución recurrida, tanto de la lectura de los documentos con radicado ANI No. 2017-409-010718-2 del 01 de febrero de 2017 y No. 2017-409-044298-2 del 28 de abril de 2017, como de las declaraciones efectuadas por el representante legal del Concesionario al interior del presente proceso sancionatorio, resulta claro que el Concesionario no ha indicado quién o quiénes eran los socios que acreditaban la capacidad financiera del Concesionario, ni tampoco se ha remitido la proforma 5, documento idóneo para la referida acreditación. Así pues, el argumento expuesto resulta ser una mera afirmación sin prueba alguna que no desvirtúa lo concluido en la Resolución recurrida.

Por otro lado, señala el apoderado del Concesionario que en el eventual caso que se declarará este incumplimiento referente a la acreditación de la capacidad financiera, el mismo no deriva necesariamente en la paralización del contrato.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Al respecto, es pertinente señalar que, en reiterada jurisprudencia, el Consejo de Estado ha señalado que *"Para realizar los fines del Estado las autoridades públicas gozan de potestades constitucionales, legales y reglamentarias, entre ellas de la potestad de declarar la caducidad administrativa de los contratos en curso, por incumplimiento del contratista y en orden a la satisfacción del interés general comprometido por la no realización o ejecución tardía o indebida del objeto contractual."*⁶

De ello se desprende que la caducidad puede ser declarada cuando el contratista no realice o ejecute tardía o indebidamente el objeto contractual, es decir, cuando se presente un incumplimiento grave de las obligaciones necesarias para la consecución de la obligación principal, que en este caso tienen que ver con la construcción, rehabilitación, conservación, operación, mantenimiento y explotación por parte del Concesionario de la infraestructura otorgada por la Entidad. Así pues, para hablar de parálisis del contrato de concesión debería verse afectado el cumplimiento de alguna de las referidas actividades, calificadas como obligaciones principales del contrato de concesión.

Sin embargo, considera este Despacho que, tal como lo manifiesta el apoderado del Concesionario así como el de la Compañía CHUBB, la falta de acreditación de la capacidad financiera en los términos contemplados en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones, no corresponde a una de aquellas obligaciones que guarda relación directa con las actividades que componen el objeto contractual, es decir, con las obligaciones que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, razón por la cual no puede concluir este Despacho que el incumplimiento encontrado conlleve a la paralización del contrato.

Por tanto, teniendo en cuenta que se trata de un incumplimiento acreditado pero que el mismo no tiene la entidad para acarrear por sí sólo la paralización del contrato, se procederá a confirmar la declaratoria de incumplimiento de la obligación contenida en el numeral 2.6 del Pliego de Condiciones y a revocar lo dispuesto en la Resolución 1052 de 2017 en lo que atañe a que el referido incumplimiento conlleva la paralización del contrato de concesión No. 09-CONP-98 y en consecuencia a la declaratoria de caducidad del mismo.

6. Sobre el 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.

⁶ Ver por ejemplo CE, S3, C.P. Stella Conto Díaz Del Castillo, 10 de marzo de 2011, Radicación número 25000-23-26-000-1991-07182-01 (16856).

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

Manifiesta el apoderado del Concesionario que en la Resolución recurrida, la ANI señaló que el oficio con radicado ANI No. 2016-704-038241-1 del 07 de diciembre de 2016 se contestó mediante la comunicación No. 2016-409119288-2 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, por lo que considera que, al tratarse de una obligación objetiva de hacer, resulta claro que sí fueron atendidos los requerimientos formulados por la ANI respecto de los cuales se le ha convocado a esta audiencia de incumplimiento, independientemente de si la ANI está de acuerdo o no con el sentido de la respuesta, y por lo tanto, no se puede hablar de la configuración del incumplimiento endilgado, y en consecuencia debe ser revocada la resolución que declara la caducidad en tal sentido.

Así mismo, señala el apoderado del Concesionario que, no se evidencia cuál era la obligación contractual que tenía FDP para mantener o demostrar la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala – Vecturis y la Sociedad Concesionaria, no obstante haber dado respuesta a todos los requerimientos efectuados por parte de la ANI. Adicionalmente indica que, pese al interés de la ANI en el conglomerado las referidas sociedades no fueron vinculadas a la presente actuación administrativa no obstante haberse solicitado su inclusión por parte de FDP.

Finalmente señala que, tampoco se demuestra o aparece probado en el expediente cómo el no suministrar información sobre la modificación de la estructura empresarial del referido conglomerado Trafigura — Impala - Vecturis conlleva a la paralización del contrato, por lo que con relación a esta situación no se ha demostrado por parte de la ANI uno de los requisitos esenciales para declarar el medio excepcional de caducidad del mismo.

Respecto del mismo incumplimiento, el apoderado de CHUBB COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. considera que la sociedad concesionaria no incumplió su obligación de entregar información sobre la modificación de control, establecida en la Cláusula 13 del contrato y numerales 2.4.3 y 2.5.3 del pliego de condiciones, en la medida en que según radicado 2016-409-119288-2 del 26 de diciembre de 2016 y radicado 2017-409-010718-2 del 1º de febrero de 2017, se manifestó a la ANI que, la Sociedad Concesionaria de la Red Férrea del Pacífico conserva los mismos accionistas y el cambio de administración tuvo lugar en noviembre de 2016 con ocasión de la compra de acciones de Fenwick Corp. en Panamá (sociedad accionista mayoritario de Sociedad Ferrocarril de Colombia S.A.S - antes Fenwick Colombia S.A.S- y accionista mayoritario de FDP).

En relación con los argumentos presentados tanto por el apoderado del Concesionario como de la Compañía Aseguradora respecto de la declaratoria de incumplimiento de la obligación que se revisa en el presente numeral, resulta pertinente reiterar en primer lugar que la obligación en cabeza del Concesionario

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

consistente en responder en un plazo máximo de veinte (20) días corrientes, los requerimientos de aclaración o de información que le formule FERROVÍAS, actualmente la ANI, es una obligación para cuya acreditación se debe demostrar que las respuestas se emiten íntegramente, atendiendo a todos los requerimientos efectuados, sin que ello implique, la exigencia de emitir respuestas en cierto sentido.

Ahora bien, una vez efectuado el cotejo de lo requerido por la ANI versus lo informado por el Concesionario en los documentos con radicado No. 2016-409-119288-2 del 26 de diciembre de 2016 y No. 2017-409-010718-2 del 01 de febrero de 2017, a través de los cuales FDP dio contestación a las solicitudes elevadas por la ANI, se observó que el Concesionario no dio efectiva respuesta por las siguientes razones:

- No se atendió a 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, y por el contrario señaló el Concesionario 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. Por el contrario, se limitó a informar 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, situación que a la fecha no ha sucedido.
- No se remitió la composición accionaria actual de la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., certificada por el respectivo revisor fiscal, tal como lo exigió la Entidad.
- No se remitió la información correspondiente a la acreditación financiera para lo que se requiere la Proforma 5 del Pliego de Condiciones.

También señala el apoderado recurrente que no se evidencia cuál era la obligación contractual que tenía FDP para mantener o demostrar la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala – Vecturis y la sociedad Concesionaria, frente a lo cual es pertinente indicar que, la ANI en su calidad de concedente, en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, y ante la adquisición de acciones de la Sociedad Fenwick Group Corp. podía efectuar solicitudes de información a la Sociedad Concesionaria para despejar las inquietudes que en dicho proceso surgieron para la ANI, y resulta ser el Concesionario, quien en virtud de lo dispuesto en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión, tiene la obligación de suministrar la información que le fuera requerida por la Entidad.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Así pues, no es dable que ahora el Concesionario pretenda subjetivar la obligación de rendir información pretendiendo que exista taxativamente en el Contrato de Concesión suscrito por las partes, la obligación de mantener o demostrar la posible modificación de la estructura empresarial del conglomerado del que hace parte Trafigura – Impala – Vecturis y la sociedad Concesionaria, pues como ya se advirtió, durante la ejecución del contrato debe el Concesionario atender los requerimientos que en el desarrollo del mismo surjan y resulta apenas lógico que ante un presunto cambio en la composición accionaria, la entidad indagara al Concesionario -único responsable ante la contratante- al respecto, a efectos de asegurar la capacidad financiera de cada uno de los posibles socios para una correcta ejecución del contrato de concesión.

Tampoco es de recibo el argumento elevado por el apoderado del Concesionario al indicar que, pese al interés de la ANI en el referido conglomerado dichas sociedades no fueron vinculadas a la presente actuación administrativa no obstante haberse solicitado su inclusión por parte de FDP, pues como se ha indicado a lo largo de la presente actuación administrativa, la misma se ha venido adelantando contra la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. por las acciones y decisiones adoptadas en el marco del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 respecto de cuyo cumplimiento -tanto fáctica como jurídicamente-, la única sociedad llamada a responder y a rendir las aclaraciones pertinentes, resulta ser FDP.

Y respecto al argumento expresado consistente en que tampoco se demuestra o aparece probado en el expediente cómo el no suministrar información sobre la modificación de la estructura empresarial del referido conglomerado Trafigura — Impala - Vecturis conlleva a la paralización del contrato, debe señalar esta Entidad que, tal como se indicó en el numeral anterior, la obligación contemplada en la Cláusula 13.15 del Contrato de Concesión no corresponde a una de aquellas obligaciones que guarda relación directa con las actividades que componen el objeto contractual, es decir, con las obligaciones que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, razón por la cual no puede concluir este Despacho que el incumplimiento encontrado conlleve a la paralización del contrato.

Por tanto, si bien el incumplimiento de la obligación de suministrar la información 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; más aún cuando se trata de información que resultaba necesaria para la verificación de la composición accionaria, el consecuente cubrimiento de riesgos y la medición de su impacto en la ejecución del contrato, encuentra este Despacho que el mismo no tiene la entidad para acarrear por sí sólo la paralización del contrato, razón por la que se procederá a confirmar la declaratoria de incumplimiento de la obligación de responder en el plazo contractualmente establecido los requerimientos formulados por la ANI respecto de la modificación de control, consagrada en la Cláusula 13.15 del Contrato

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

de Concesión; y a revocar lo dispuesto en la Resolución 1052 de 2017 en lo que atañe a que el referido incumplimiento conlleva la paralización del contrato de concesión No. 09-CONP-98 y en consecuencia a la declaratoria de caducidad del mismo.

7. Sobre 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.

En primer lugar manifiesta el apoderado del Concesionario que la ANI abusó de su posición dominante al haber adoptado la decisión unilateral de no autorizar la prórroga del periodo de transición del Contrato de Concesión No 09-CONP-98, así como al exigir al Concesionario regresar a las condiciones iniciales de asegurabilidad del contrato, lo que incluyó la necesidad de aportar una póliza de cumplimiento del contrato por valor de diez millones de dólares norteamericanos a partir del 1° de enero de 2017, olvidando las ostensibles dificultades manifestadas por el Concesionario para lograr un nivel de aseguramiento como el exigido por la ANI de un día para otro.

En el mismo sentido, el apoderado de CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. insistió en que no hay incumplimiento de la obligación de presentar las garantías mínimas exigidas en el contrato, teniendo en cuenta la negativa de la Agencia de aceptar la prórroga al periodo de transición para el año 2017, circunstancia que dice el apoderado de CHUBB, *"llevó a que se tuviera que acudir al mercado asegurador para obtener una póliza de seguro de cumplimiento a favor de entidades estatales, con un valor asegurado de USD\$10.000.000.00, que evidentemente iba a ser aún más difícil obtener habiéndose normalizado el Contrato, pese a no haberse dado las condiciones pactadas para ello, pues durante el periodo de transición precisamente se flexibilizaron tales garantías para efectos de permitir a FDP cumplir con dicha obligación ante la imposibilidad de hacerlo para los términos previstos en las cláusulas 71, 72 y 73 del Contrato"*.

Frente a este primer argumento elevado por los apoderados recurrentes, debe indicar esta Entidad que a lo largo de la ejecución del contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998 la ANI no ha abusado de su posición dominante adoptando decisión arbitraria alguna tal como se procede a explicar.

El 5 de julio de 2013, la Entidad y FDP suscribieron el Otrosí 16 al Contrato de Concesión de la Red Férrea del Pacífico, en donde se acordó *"Establecer un período de transición para la regularización del Contrato de Concesión No.09-CONP-98, desde el momento de la suscripción del presente Otrosí y hasta el 31 de diciembre del 2014, el cual será objeto de revisión semestral por parte del Comité de Regularización del Contrato para evaluar el estado de avance del proceso de regularización del Contrato de Concesión, hasta el restablecimiento de las condiciones de viabilidad y autosostenibilidad del contrato. El período de transición*

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

podrá ser prorrogado por períodos sucesivos e iguales, previo acuerdo expreso suscrito por las partes".

De conformidad con ello, este período debía ser objeto de revisión por parte del Comité de Regularización y podría ser prorrogado por períodos sucesivos e iguales. En atención a esto, tal fase fue prorrogada en dos ocasiones, con fundamento en la evaluación realizada por la interventoría del proyecto y la Gerencia Modo Férreo de la Entidad, en aras de permitir la ejecución de su plan de inversiones.

Debe señalarse que, para que la Agencia procediera a revisar la posibilidad de prorrogar el período de transición, el Concesionario debía informar a la Entidad cuál era el estado y el nivel de cumplimiento de la ejecución del plan de inversión aprobado por ésta, 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 período de transición"*. Información que en todo caso era revisada tanto por la interventoría del proyecto como por la Gerencia Modo Férreo de la ANI, con el fin de establecer si procedía o no dar continuación al período de normalización.

En este sentido, el Otrosí 16 estableció la obligación al Concesionario de informar mensualmente el avance del Plan de Normalización, informe cuya última versión fue presentada el 7 de junio de 2016 mediante el oficio con radicado ANI No. 2016-409-046460-2 que contenía la información de los meses de febrero y marzo, razón por la cual, teniendo en cuenta la última fecha en que se presentó la información requerida, resultaba imposible para la Agencia y la Interventoría conocer oportunamente del estado de cumplimiento del Plan y la causa o causas que podrían justificar una nueva prórroga.

Ahora bien, mediante la comunicación con radicado ANI No. 2016-409-115925-2 del 19 de diciembre de 2016, el concesionario citó a la Entidad y a la Interventoría del Proyecto a un Comité el 20 de diciembre de 2016, con el fin de presentar *"la proyección del Plan de Inversión de la actual administración junto con las necesidades contractuales de la compañía para la ampliación del período de transición"*. Sin embargo, la Agencia recibió la citación al referido Comité el 19 de diciembre de 2016, esto es, un día antes de la fecha establecida para llevar a cabo tal reunión, razón por la que era imposible poder cumplir la solicitud del concesionario.

Así mismo, obra en el expediente que mediante las comunicaciones con radicados 2016-409-1186062 del 23 de diciembre y 2016-409-1198342 del 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, por lo que en consecuencia, mediante el oficio 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016 la Agencia le informó al concesionario *"su decisión de no prorrogar el período de transición, razón por la que a partir del 1 de enero de 2017, el Contrato de Concesión 09 -CONP-98 regresa a sus condiciones contractuales de ejecución, tal y como fueron pactadas en el Contrato de concesión y sus modificaciones contractuales, por lo que*

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

deberá restablecer las condiciones de asegurabilidad contempladas en las Cláusulas 70, 71, 72 y 73 del contrato de Concesión 09-CONP-98".

En este mismo sentido fue anotado en sede de recurso por parte de las Gerencias de Modo Férreo - Portuario y de Gestión Contractual 2 de la ANI, quienes, ante el decreto de prueba requerido por el Concesionario en la sustentación de su recurso, mediante memorando con radicado ANI No. 2017-307-012348-3 del 8 de septiembre de 2017 informaron que:

"Además, el Otrosí 16 establecía la obligación al Concesionario de informar mensualmente el avance del Plan de Normalización, informe que no fue aportado durante el año 2016, por lo que la Agencia y la Interventoría no pudieron conocer oportunamente del estado de cumplimiento del Plan y la causa o causas que pudieran justificar una nueva prórroga."

En consecuencia, del recuento efectuado y tal como se indicó en la Resolución recurrida, no se configura posición arbitraria alguna por parte de la Entidad en la medida que las actuaciones desplegadas por el Concesionario para la atención de las obligaciones propias de dicho periodo de transición resultaron claramente insuficiente.

En este aspecto es importante resaltar que, las condiciones de viabilidad y autosostenibilidad del contrato fueron determinadas por el experto contratado por las partes dentro de las que se destaca, además de una cantidad mínima de carga a movilizar anualmente, la necesidad de una serie importante de inversiones y mejoras en la infraestructura concesionada, las cuales hacían parte del plan de inversiones del concesionario, llamado Plan de Normalización.

No obstante lo anterior, mediante la comunicación radicada en la Agencia con el No. 2016-409-028729-2 del 11 de abril de 2016, el concesionario le informó a la Entidad que por decisión unilateral cesaba la operación comercial de carga y por lo tanto renunció a la posibilidad de alcanzar las cantidades indicadas por el experto contratado, habida cuenta que al suspender las operaciones renunció a la remuneración por este concepto y por lo tanto no es posible alcanzar el punto de equilibrio establecido por el experto.

Al suspender las operaciones comerciales de trenes de carga y no terminar las inversiones del Plan de Normalización necesarias para la regularización del contrato, no es posible alcanzar los supuestos que permitirían la regularización del contrato, a pesar que en los años 2013, 2014 y 2015 el concesionario incrementó las cantidades de carga movilizada, razón por la cual la Agencia Nacional de infraestructura prorrogó el período de transición y cumplió desde el inicio la entrega de las locomotoras serie U18, situación que hacía parte de las recomendaciones hechas por el experto.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Así pues, resulta claro, tal como quedó ampliamente demostrado en la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017 al efectuar una revisión exhaustiva del tema - especialmente de las comunicaciones con radicado ANI No. 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016 mediante la cual el Concesionario solicitó la prórroga del periodo de normalización, así como la No. 2017-307-007195-1 del 13 de marzo de 2017 mediante la cual se confirmó la decisión adoptada por la entidad respecto de no prorrogar el período de normalización-, que la entidad adoptó dicha decisión de no prórroga y consecuente exigencia del restablecimiento de las condiciones de asegurabilidad contempladas en las Cláusulas 70, 71, 72 y 73 del Contrato de Concesión 09-CONP-98 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 y no presentó de manera oportuna y completa la información requerida para ello, es decir:

- El Concesionario no informó a la Agencia cual era 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 Concesionario no dio cumplimiento, de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí 16, a su obligación de informar mensualmente el avance del Plan de Normalización, informe cuya última versión fue remitida el 7 de junio de 2016 con información relativa a los meses de febrero y marzo de 2016, lo que derivó en la imposibilidad para la Agencia y la Interventoría de conocer oportunamente del estado de cumplimiento del Plan y la causa o causas que pudieran justificar una nueva prórroga.

Incumplimientos respecto de los cuales el Concesionario no presentó prueba alguna dentro de la presente actuación sancionatoria que pudiera desvirtuar lo indicado.

En este orden de ideas, esta Agencia rechaza las afirmaciones tanto del Concesionario como de la Compañía aseguradora CHUBB cuando señala que se trata de un abuso de la posición dominante por parte de la ANI al haber adoptado en sus palabras, la decisión arbitraria y sin fundamento de no prórroga del período de normalización. Por el contrario, confirma una vez más esta Entidad que, ante la no prórroga, debía exigirse a partir del 1º de enero de 2017 el restablecimiento de las condiciones de asegurabilidad contempladas en las Cláusulas 70, 71 y 72 del contrato de Concesión 09-CONP-98, situación que a la fecha de notificación de la presente Resolución tampoco se ha regularizado.

Por otra parte, considera también el apoderado del Concesionario que no obra en el expediente prueba alguna que permita determinar que la ANI efectivamente verificó que las condiciones que justificaron acordar el periodo de transición del Contrato de Concesión realmente se hubiesen superado, sometiendo de este modo al Concesionario a una posible situación de incumplimiento del Contrato de Concesión.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Al respecto, este Despacho encuentra que en el marco de la ejecución contractual, la Entidad sí llevó a cabo los estudios y revisiones acordados en el Otrosí 16, pues fue con base en dichas verificaciones que la Entidad aprobó la modificación contractual establecida en el Otrosí 17 del 30 de diciembre de 2014, en el que las partes decidieron prorrogar el período de transición para la regularización del Contrato de Concesión 09-CONP-98 hasta el 31 de diciembre de 2015 y se ajustó el valor de la Póliza Única de Cumplimiento establecida en el Otrosí 16 a la suma de tres millones de dólares (US\$ 3.000.000), precisamente con fundamento en el análisis y revisión de las garantías realizado por la interventoría y la Agencia.

En virtud también de dicha revisión, que alega en sede de recurso el apoderado del Concesionario no efectuó la Entidad, se suscribió el Otrosí 19 del 30 de diciembre de 2015 en el que se estableció un nuevo valor de la garantía única de cumplimiento, con base en el valor propuesto por el concesionario y el análisis realizado por la interventoría y la Agencia, lo que permitió ajustar su valor a la suma de cinco millones doscientos setenta mil dólares americanos (USD 5.270.000).

En conclusión, la ANI sí efectuó las verificaciones contempladas en el Otrosí 16, sin embargo, para el año 2016, como ha quedado ampliamente demostrado, el concesionario no presentó de manera oportuna y completa la información necesaria que justificara de modo alguno la necesidad de dar continuidad al período de normalización y a su vez, las condiciones del contrato que permitieran realizar un análisis para un posible ajuste a la póliza única de cumplimiento, por lo que, teniendo en cuenta que la verificación de las condiciones que justificaron acordar el periodo de transición del Contrato de Concesión se debía efectuar durante el período de transición y antes de la culminación del plazo establecido para dar fin a tal período, resulta que, las verificaciones que en el sentir del apoderado debió efectuar la ANI no eran exigibles pues, en el caso *sub judice* se volvió al estado normal del contrato no porque se hubiesen verificado las referidas condiciones sino 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 indica el apoderado del Concesionario que la decisión de no prorrogar el periodo de transición se adoptó sólo hasta el 13 de marzo, esto es, posterior a la fecha en que ya se había denunciado el incumplimiento, razón por la cual debió la ANI reconocer en la Resolución recurrida la falta de exigibilidad de la obligación de asegurabilidad del contrato, dado que para la fecha de citación a audiencia no se había resuelto por parte de la entidad la inconformidad presentada por FDP con relación a su decisión de no prorrogar el periodo de transición.

Sin embargo no es cierto que para la fecha en que se remitió la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad no hubiese resuelto la solicitud de FDP pues ya la había resuelto, tal como se desprende de la contestación efectuada mediante oficio 2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016, y no puede desconocer el apoderado del Concesionario que tal como se le informó mediante oficio con radicado ANI No. 2017-307-007195-1 del 13 de marzo de 2017,

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

la decisión adoptada por la entidad de no prorrogar el periodo de transición no era sujeto de recurso de reposición de conformidad con lo dispuesto en el artículo artículo 77 de la Ley 80 de 1993.

En la referida comunicación con radicado ANI No. 2017-307-007195-1 la Agencia puntualmente señaló:

"(...) es claro que el oficio No.2016-307-041106-1 del 30 de diciembre de 2016 mediante el cual la Agencia le comunicó al concesionario la decisión de no prorrogar el período de transición no constituye un acto administrativo, habida cuenta que no es una manifestación unilateral de voluntad de la Administración, en ejercicio de la autoridad administrativa, que produzca efectos jurídicos, esto es, crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de carácter general o particular.

El mencionado oficio es simplemente una expresión del desarrollo contractual en la que la Agencia le informó al concesionario que el período de transición no iba a ser extendido, razón por la que el contrato regresaría a sus condiciones contractuales de ejecución.

En consecuencia, el Recurso de Reposición y en subsidio el de Apelación interpuesto por el Representante Legal de la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. no resulta procedente."

No obstante, tal como se desprende de la revisión de la respuesta dada por el Entidad, la ANI respondió los cuestionamientos realizados por la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., en procura de supra salvaguardar el Debido Proceso del Concesionario al señalar que:

"En relación con la solicitud de conceder la prórroga, es importante recordar que en virtud del contrato No.09-CONP-98, las partes pactaron en la cláusula primera del otrosí 16, la posibilidad de prorrogar el Plan de Normalización por períodos sucesivos e iguales, mediante un acuerdo escrito por las partes, previa revisión y evaluación del estado de avance del período de normalización por parte del Comité de Regularización, tal y como se dejó consignado en las modificaciones contractuales No.17 y 19.

En este sentido, es preciso aclarar que para que se llevara a cabo dicha prórroga se requería que el Concesionario expresara y justificara las razones por las cuales consideraba necesaria la prórroga del Plan de Normalización, las cuales debían ser analizadas y validadas por la Interventoría del Proyecto y por la supervisión, quien a su vez debía presentar el posible acuerdo al Comité de Contratación de la Entidad para que lo validara y se pudiera llevar a cabo dentro del término contractual pactado, esto es antes del 31 de diciembre de 2016.

Así las cosas, no procede expedir "el correspondiente acto administrativo ordenando la suscripción del otrosí 20, para regular y aprobar la prórroga del período de transición", por lo tanto se le reitera que a partir del 1° de enero de 2017, el Contrato de Concesión 09 -CONP-98 regresó a sus condiciones

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

contractuales de ejecución, tal y como fueron pactadas en el Contrato de concesión y sus modificaciones contractuales.

En consecuencia, yerra el concesionario al pretender que no fuese exigible la obligación de asegurabilidad del contrato para la fecha de remisión de la citación a audiencia, pues *contrario sensu*, la misma debía ser cumplida por el Concesionario una vez se adoptó la decisión de volver a las condiciones normales del contrato de concesión.

También indica el apoderado del Concesionario que la ANI vulneró el debido proceso y el derecho de defensa de FDP al no valorar probatoriamente el oficio emitido por FDP el 02 de noviembre de 2016 que contenía el informe de inversión de capital privado que se había ejecutado en el 2016, el cual se constituía como el soporte necesario para que la Agencia pudiera aprobar la solicitud de prórroga del periodo de transición del contrato, así como al haber afirmado la ANI que el Concesionario no presentó el Plan de Inversión, el cual, en términos del apoderado fue presentado al haber remitido el correo electrónico del 21 de diciembre de 2016 que citaba a comité para la presentación del mismo, al que ningún funcionario de la ANI asistió.

Al respecto es pertinente manifestar que si bien el apoderado del Concesionario pretende acreditar el cumplimiento de la obligación revisada en el presente numeral, lo cierto es que de la documentación aportada por el Concesionario no se puede corroborar efectivamente que FDP presentó el informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización de que trata la cláusula precitada.

Lo anterior en la medida que, el informe a que hace referencia el apoderado del Concesionario y que data del 2 de noviembre de 2016 no corresponde al informe detallado al que se comprometió a entregar el Concesionario en cumplimiento del Otrosí 16 de 2013, que *contrario sensu* corresponde al informe de Inversión de Capital Privado, correspondiente al primer semestre del año 2016, el cual es de obligatorio cumplimiento de acuerdo con las exigencias propias de la Contaduría General de la Nación, pero que se reitera, no corresponde al informe detallado del avance del Plan de Normalización a que se refiere el numeral 3 de la Cláusula 2 del Otrosí 16 de 2013.

Y resulta imposible para la entidad aceptar que el informe presentado por el Concesionario con radicado ANI No. 2016-409-100004-2 del 3 de noviembre de 2016 resulta ser el informe requerido en el Otrosí 16 pues, no es dable determinar con base en el informe de Inversión de Capital Privado si las inversiones reportadas pertenecen al cumplimiento de las actividades específicas del Plan de Normalización o hacen parte de los gastos operativos necesarios para la gestión contractual del Concesionario.

Así mismo, 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

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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 las cosas, es claro que el concesionario no cumplió su obligación de presentar el informe detallado con el estado de avance del Plan de Normalización, razón por la que resultaba 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.

Igualmente no resulta de recibo para acreditar el cumplimiento de la obligación que trata el presente numeral la conclusión a la que arriba el apoderado del Concesionario cuando manifiesta que FDP presentó el Plan de Inversión al haber remitido el correo electrónico del 21 de diciembre de 2016 que citaba a comité para la presentación del mismo, al que ningún funcionario de la ANI asistió, puesto que el referido comité de regularización, como se demostró en la resolución recurrida, no se convocó en los términos exigidos en el Otrosí 16.

Lo anterior en la medida que, mediante correo electrónico y la comunicación 2016-409-1159256-2 del 19 de diciembre de 2016, el concesionario citó a Comité de Regularización, con tan solo un día de antelación a la aspirada reunión, desconociendo lo que establece la Cláusula Primera del Otrosí 16:

*"El Comité de Regularización del Contrato estará conformado por el Gerente de Modo Férreo de la Agencia Nacional de Infraestructura o su delegado, el Gerente de Gestión Contractual 2 de la Agencia Nacional de Infraestructura o su delegado, un representante de la interventoría, un delegado del Concesionario. De las sesiones que realice el Comité de Regularización se elaborará acta que será suscrita por cada uno de los integrantes del Comité o sus delegados. El Comité sesionará ordinariamente cada seis (6) meses y extraordinariamente cada vez que alguna situación relacionada con el proceso de regularización del contrato, así lo amerite, para lo cual bastará que cualquiera de los miembros del Comité **envíe un correo electrónico a los miembros restantes enunciando claramente el objeto de la sesión, el lugar y la fecha, con una anticipación de por lo menos tres (3) días hábiles**". (Subraya y negrilla propia)*

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

De acuerdo con esto, es claro que el comité de regularización no se convocó en el término establecido en el Otrosí 16, ya que revisado el correo electrónico enviado por la sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., se observa que se remitió el viernes 16 de diciembre de 2016 a las 6:15 pm, leyéndose en el asunto que es una citación a *"comité ANI-interventoría-concesionario"* y en su contenido se lee *"Comedidamente me permito remitir adjunto al presente correo la citación que será radicada en sus oficinas para la celebración de un comité el día 20 de diciembre de 2016 en las oficinas de FDP (...) en la cual se planteará la situación de la concesión a noviembre 30 de 2016 y se presentará la proyección del Plan de Inversión de la actual administración junto con las necesidades contractuales de la compañía para la ampliación del período de transición"*.

Así las cosas, es evidente que la anterior no era una citación a una sesión extraordinaria del Comité de Regularización, sin embargo, en gracia de discusión, si ese era el objetivo y lo que se pretendía era hacer una citación extraordinaria, de conformidad con lo establecido en el Otrosí 16 se debía citar a todos los miembros del comité y con una antelación no menor a tres (3) días hábiles, de acuerdo con lo contemplado en la Cláusula Primera del Otrosí 16.

A su vez, mediante la comunicación 000394 del 15 de diciembre de 2016, radicada en la Agencia Nacional de Infraestructura con el número 2016-409-115925-2 del 19 de diciembre de 2016, el concesionario citó a la Agencia Nacional de Infraestructura y a la Interventoría del Proyecto a un comité al día siguiente, esto es el 20 de diciembre de 2016, con el fin de presentar *"la proyección del Plan de Inversión de la actual administración junto con las necesidades contractuales de la compañía para la ampliación del período de transición"*.

Así pues, resulta claro que el Concesionario no cumplió con lo dispuesto en el Otrosí 16 para convocar el referido comité 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 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 señala FDP en la sustentación de su recurso de reposición que la ANI al no suscribir el acta de reunión del 16 de marzo de 2017, así como al haber emitido declaraciones en contra de FDP en medios de comunicación durante el mes de diciembre de 2016 y el primer trimestre de 2017, impidió que el Concesionario continuara con la gestión de obtención de pólizas de seguro y recursos financieros, constituyéndose esto como un eximente de responsabilidad que no fue valorado por la ANI en la resolución recurrida.

Frente a dicho argumento expuesto en sede de recurso, debe señalar la Entidad que no opera ningún eximente de responsabilidad puesto que las declaraciones de prensa de fechas 02, 05 y 13 de febrero, dadas por el presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura, se limitan a explicar la actual situación del contrato de

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

concesión No.09-CONP-98, información que resulta ser de carácter general frente a la ejecución del contrato, y que en todo caso se trata de declaraciones que no tienen la capacidad o alcance de comprometer contractualmente a la Entidad o modificar las condiciones contractuales pactadas en el negocio estatal.

Ahora bien, corresponde a este Despacho discurrir el argumento expuesto en sede de recurso consistente en que de declararse el incumplimiento de las cláusulas 71, 72 y 73 del Contrato las mismas no conllevan la paralización del contrato.

Al respecto, encuentra este Despacho que es un incumplimiento grave 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.

El no dar cumplimiento a las obligaciones contempladas en las Cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión, que se refieren a la constitución de las pólizas, implica que el contrato de Concesión no cuente 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.

Sin embargo, también encuentra este Despacho que la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas en el Contrato de Concesión, si bien es contemplado como un incumplimiento grave, no conlleva a la paralización del contrato, en la medida que, dicha situación no puede ser calificada como la causa de una eventual parálisis del mismo.

Cabe recordar que el objeto contractual consiste en la construcción, rehabilitación, conservación, operación, mantenimiento y explotación por parte del Concesionario de la infraestructura otorgada por la Entidad. Y para hablar de parálisis del contrato de concesión debería verse afectado el cumplimiento de alguna de las referidas actividades, calificadas como obligaciones principales del contrato de concesión.

Sin embargo, el incumplimiento de las cláusulas contractuales que en el presente numeral se ha revisado no guarda relación directa con aquellas actividades que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, que pretende en términos generales, la conservación y mejora de la infraestructura y la operación del corredor férreo en las condiciones contractualmente previstas.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

En atención a ello, se procederá a confirmar la declaratoria de incumplimiento de la obligación de constituir de forma oportuna las garantías mínimas exigidas en el Contrato, consagrada en las Cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión; y a revocar lo dispuesto en la Resolución 1052 de 2017 en lo que atañe a que el referido incumplimiento conlleva la paralización del contrato de concesión No. 09-CONP-98 y en consecuencia a la declaratoria de caducidad del mismo.

8. Sobre 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.

Afirma el apoderado del Concesionario que a su parecer, ha quedado demostrado que no se ha reemplazado el asistente técnico por lo que el contrato de asistencia técnica celebrado con Vecturis S.A. Sucursal Colombia sigue vigente, contrato que indica el apoderado, es irrenunciable por parte del mismo asistente y no ha terminado incluso por falta de pago, terminación que por dicho motivo sólo podría ser declarado por parte de un juez de la República y no por la ANI.

Finalmente concluye el apoderado recurrente de FDP que el actual asistente técnico operativo si está vigente, y no le es dable renunciar unilateralmente pues el contrato no ha sido terminado por mutuo acuerdo, no ha sido declarada la resolución del mismo por parte de autoridad judicial, no se han cumplido ni acreditado frente a la ANI los requisitos de transferencia de conocimiento y manuales del Asistente Técnico Operativo a FDP para que se pueda entender como terminado su contrato de asistencia y mucho menos se ha contratado un nuevo asistente técnico operativo por parte de FDP, razones suficientes que no fueron tenidas en cuenta por la ANI para declarar como lo hizo el referido incumplimiento de contar con un asistente técnico operativo.

En el mismo sentido, afirma el apoderado de CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. que no hay incumplimiento de la obligación de contar con un asistente técnico operativo, por cuanto se suscribió y está vigente el contrato con VECTURIS COLOMBIA S.A.S., y su terminación unilateral no implica que deje de ser responsable.

Al respecto, en la Resolución recurrida se concluyó que *"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*

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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."

Para desatar el presente asunto, en primer lugar hay que indicar que según lo establecido en el numeral *13.17 de la cláusula decimotercera del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98*, el concesionario se encuentra obligado a:

13.17. suscribir los siguientes contratos complementarios (...) y los contratos de asistencia técnica que correspondan según las condiciones de su propuesta".

Así mismo, de los numerales 2.4.3. y 2.5.3 del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión se desprende la obligación del Concesionario de contar con un asistente técnico operativo para la ejecución del Contrato de Concesión 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, sin embargo, no se han cumplido ni acreditado frente a la ANI los requisitos de transferencia de conocimiento y manuales del Asistente Técnico Operativo a FDP.

También resulta importante destacar que, se encuentra ampliamente probado al interior de la actuación administrativa que tal como lo notificó la Interventoría del proyecto⁷, desde el 30 de diciembre de 2016 el contrato de concesión no cuenta con asistente técnico operativo, así como que desde el 27 de enero de 2017, el representante legal de Vecturis, quien fungía en ese rol frente a FDP, 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.

También es cierto que en el expediente no obra un acta de terminación por mutuo acuerdo del contrato de asistencia técnica operativa suscrito entre Vecturis y FDP, ni tampoco sentencia judicial alguna que declare su terminación.

De lo hasta aquí mencionado, que parte de la revisión del material probatorio obrante en la presente actuación, y una vez revisado los argumentos de los apoderados y analizadas las cláusulas contractuales referentes a este tema, considera este Despacho que efectivamente el contrato de Asistencia Técnica celebrado entre el Concesionario y Vecturis S.A.S. no ha terminado pues no se han dado los requisitos que contractualmente se exigen para ello, establecidos en la PROFORMA 7 MINUTA DEL COMPROMISO DE ASISTENCIA TECNICA, en cuya Clausula 7. Previsiones obligatorias, se establece que los asistentes técnicos iniciales no podrán dejar sus funciones ni cesar en su responsabilidad *"hasta cuando inicie*

⁷ Mediante oficio con radicado ANI No. 2017-409-010738-2 del 1 de febrero de 2017.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

actividades un nuevo asistente técnico operativo y/o constructivo según el caso, para cuyo nombramiento se requerirá la autorización previa y expresa de Ferrovías. Autorización que será expedida cuando el nuevo asistente técnico operativo o constructivo demuestre poseer la experiencia necesaria para desempeñar esa función de acuerdo con los pliegos de licitación originales."

No obstante lo anterior, si bien se podría hablar de un contrato vigente, lo cierto es que en la realidad contractual el contrato de Concesión no cuenta con asistente técnico tal como se ha venido demostrando a lo largo de la presente actuación administrativa, por ejemplo en lo informado por el representante legal de Vecturis en el correo remitido a la ANI donde indica no continuar con las funciones de asistente técnico, así como en lo señalado por 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 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."*

Así mismo, en sede de recurso se confirmó que FDP no se encontraba cumpliendo con su obligación de contar con un asistente técnico operativo para la ejecución del contrato pues tal como lo declaró el Señor JAUMOT STEPHANE, Gerente General de VECTURIS COLOMBIA S.A.S., en el testimonio rendido el 19 de septiembre de 2017 al interior de la presente actuación, en varias ocasiones la interventoría del Contrato de Concesión informó sobre los incumplimientos de FDP respecto de la obligación de contar con un asistente técnico, y concluyó que pese a la intención de Vecturis para continuar la ejecución del referido contrato de asistencia, el Concesionario le impidió continuar con la prestación de sus servicios, razón por la cual, a la fecha, tal como lo declaró el referido testigo, Vecturis Colombia S.A.S. no desarrolla las obligaciones propias del asistente técnico.

De ello resulta claro que FDP puede tener en el papel un contrato de asistencia técnica vigente pero que en la práctica no se está ejecutando, por lo que al haber discrepancia entre los hechos verificados y los documentos o actos formales que debieron celebrarse, debe privilegiarse los hechos constatados por lo que se concluye que Ferrocarril del Pacífico S.A.S. no cuenta con Asistente Técnico Operativo para la ejecución del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 de 1998, tal como lo obliga las cláusulas contractuales que se endilgan incumplidas.

Ahora bien, el Concesionario manifiesta que en caso de entenderse que el contrato de asistencia técnica con Vecturis se encuentra terminado, debe la Entidad reconocer que ya cuenta con la experiencia para asumir las tareas propias del asistente, sin embargo, se observa que a lo largo de la ejecución contractual el Concesionario nunca informó a la Entidad que ya no requería contar con un asistente técnico ni tampoco demostró contar con dicha capacidad que le permita, tras el paso de los 13

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

años relacionados en el pliego de condiciones, que ya no es necesario un asistente técnico operativo.

Por el contrario, como señal de su incapacidad para asumir esta responsabilidad suscribió a lo largo de la ejecución contractual diversos contratos para que se le prestara la asistencia técnica tales como el suscrito con Italferr SPA el 9 de febrero de 2001, contrato que terminó el 15 de junio de 2010, esto es nueve años y cuatro meses después de suscrito, y fue terminado por la sociedad Ferrocarril del Oeste, hoy Ferrocarril del Pacífico S.A.S.; y el celebrado en septiembre del año 2013 con la empresa Vecturis S.A., respecto del cual, mediante comunicación con radicado ANI No. 2017-307-002867-1 de fecha 2 de febrero de 2017, se le informó al señor Gustavo Giraldo, que el 27 de enero de 2017 el Señor Eric Peiffer, director de Vecturis, informó a la Agencia la terminación del contrato debido al no pago por parte del concesionario desde el mes de enero de 2016.

Por otra parte, en el marco del Otrosí 16, la ANI en cumplimiento del párrafo primero que disponía que *"Las partes, de común acuerdo, se comprometen a seleccionar y contratar un Experto, que determinará a través de un análisis integral, las condiciones y criterios que permitan concluir que el Contrato se encuentra regularizado, para lo cual presentará un concepto que radicará en la Agencia dentro del plazo contractual previsto."* contrataron a la sociedad A. DE G. INGENIERIA para que efectuara el referido pronunciamiento, el cual, tal como se acordó en el párrafo tercero, resultaba vinculante para las partes.

La referida sociedad, en agosto de 2014 presentó su informe denominado " ANI - CONCESION FÉRREA DEL PACÍFICO" - "ASESORIA PARA ESTABLECER CRITERIOS QUE PERMITAN AL CONTRATANTE CONCLUIR EL MOMENTO EN QUE SE PRESENTE EL RESTABLECIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE VIABILIDAD Y AUTOSOSTENIBILIDAD DEL CONTRATO DE LA RED FÉRREA DEL PACÍFICO." - "CONTRATO No. VGC030 - INFORME FINAL, VERSION 2", en el que respecto del asistente técnico operativo se concluyó lo siguiente:

"La concesión se entregó inicialmente a un consorcio de firmas constructoras y no a un operador ferroviario y por eso en el contrato se incluyó a la figura del Asistente Técnico Operativo, (cuyos propósitos principales, indicados en el propio título del contrato eran la "concesión de la infraestructura y las obras de conservación"); exigir un Asistente Técnico Operativo ya no tiene sentido y el requisito debe eliminarse (La concesión debe adjudicarse a un operador ferroviario con experiencia y en el caso actual, esta experiencia la tiene una de las firmas integrantes del nuevo grupo de inversionistas)."

Sin embargo, tal como se ha mencionado, para que se pueda dar la finalización del Contrato de Asistencia Técnica Operativa, se exige la autorización de la Agencia, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 6 *PREVISIONES OBLIGATORIAS* de la proforma 7 "Asistente Técnico" del Pliego de Condiciones de la Concesión férrea del Pacífico que señala categórica e irrefutablemente que:

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

"6.3. Será un requisito para que pueda procederse a la finalización del contrato de asistencia técnica operativa, en el caso de terminación del plazo pactado para el mismo, que se acredite que se ha efectuado, a satisfacción de FERROVIAS, la transferencia de la tecnología necesaria hacia el PROPONENTE para garantizar la adecuada calidad, seguridad y continuidad del servicio de transporte ferroviario. Para estos efectos se seguirá el procedimiento que se establezca en el contrato de concesión".

Para el caso *sub judice*, la Entidad no ha expedido la certificación de transferencia de tecnología recibida a satisfacción por la Agencia, por lo que, entiende este Despacho sigue vigente la obligación de contar con un asistente técnico operativo y que no le es dable que el Concesionario asuma esta posición.

Además, es importante señalar que para acreditar la experiencia, se deben diligenciar las proformas 3 y 4 y en este caso, *"el interesado deberá hacer un recuento suficientemente detallado de la obra o servicio que pretenda hacer valer como experiencia indicando las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la caracterizaron, y el nombre de cada entidad o empresa para la cual se construyó la obra o a quien se prestó el servicio, su dirección de correo actualizada, su número de fax, su número telefónico y el nombre de los empleados o funcionarios que puedan confirmar las referencias"*, aspectos que tampoco ha cumplido el concesionario.

Por lo anterior, se tiene que FDP no ha acreditado ante la Entidad la experiencia, la suficiencia de conocimiento, la transferencia de información y en general, el cumplimiento de los requisitos contractuales que permitan determinar con certeza que el Concesionario no requiere el acompañamiento de un asistente técnico operativo.

Ahora bien, respecto del argumento planteado por los apoderados recurrentes en el sentido de determinar que, de confirmarse la declaratoria de incumplimiento de la obligación de contar con asistente técnico operativo, el mismo no amenaza con la paralización del contrato, debe señalarse que para este Despacho, la no suscripción del contrato de Asistencia Técnica Operativa, representa un incumplimiento grave que afecta la ejecución del contrato de concesión en la medida que para dar cabal cumplimiento al mismo se requiere la experiencia ya sea del concesionario o un tercero, de saber operar trenes y/o construir vías férreas, sin embargo, tal como quedó ampliamente demostrado en el presente acto, el Concesionario no logró acreditar la efectiva ejecución del contrato de asistencia técnica ni tampoco probó que contaba con la experiencia contractualmente requerida para asumir dicho rol.

Así pues, en el caso *sub judice*, resulta un concesionario sin un asistente técnico efectivo y sin la experiencia demostrada para reemplazarlo, ejecutándose de este modo un contrato mediante el cual se otorgó en concesión infraestructura de la Nación sin cumplir con los requisitos establecidos desde el pliego de condiciones 001-98.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Ahora, considera también este Despacho que, en contraposición a lo establecido en la resolución recurrida, el referido incumplimiento no genera la parálisis del contrato en la medida que, el no contar con un asistente técnico operativo no puede ser calificado como la causa de una eventual parálisis del mismo.

Cabe recordar que el objeto contractual consiste en la construcción, rehabilitación, conservación, operación, mantenimiento y explotación por parte del Concesionario de la infraestructura otorgada por la Entidad. Y para hablar de parálisis del contrato de concesión debería verse afectado el cumplimiento de alguna de las referidas actividades, calificadas como obligaciones principales del contrato de concesión.

Sin embargo, el incumplimiento de las cláusulas contractuales que en el presente numeral se ha revisado no guarda relación directa con aquellas actividades que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, que pretende en términos generales, la conservación y mejora de la infraestructura y la operación del corredor férreo en las condiciones contractualmente previstas.

En atención a ello, se procederá a confirmar la declaratoria de incumplimiento de la obligación de contar con un asistente técnico operativo, 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; y a revocar lo dispuesto en la Resolución 1052 de 2017 en lo que atañe a que el referido incumplimiento conlleva la paralización del contrato de concesión No. 09-CONP-98 y en consecuencia a la declaratoria de caducidad del mismo.

9. Sobre el 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.

Afirma el apoderado de FDP que la ANI violó el debido proceso y el derecho de defensa del Concesionario al no haber tenido en cuenta el memorando remitido por FDP el 2 de noviembre de 2016 que contenía el informe de inversión de capital privado que se había ejecutado en el 2016, así como al no haber justificado en la resolución recurrida que el no haber presentado el informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización sea un incumplimiento grave que tenga la suficiente influencia en la ejecución del contrato que amenace su paralización.

También señala el apoderado de la Compañía CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. que no hay incumplimiento del numeral 3º de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 16, en la medida en que durante la ejecución del plan de normalización, se informaron sus avances y se acudió a los comités de regularización

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

y concluye que se trata de una conclusión de la Interventoría calificada como infundada, toda vez que para enero de 2016, la Interventora no fungía como tal.

Al respecto es pertinente reiterar que, como se indicó en numeral anterior del presente acto administrativo, si bien el apoderado del Concesionario pretende acreditar el cumplimiento de la obligación revisada en el presente numeral, lo cierto es que de la documentación aportada por el Concesionario no se puede corroborar efectivamente que FDP presentó el informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización de que trata la cláusula precitada.

Por el contrario, 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."

En el mismo sentido, quedó plenamente demostrado el incumplimiento de la referida obligación con la declaración efectuada por el Representante Legal del concesionario quien señaló que *"cómo 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 lo que resulta claro que no se encuentra acreditado 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.

Así mismo, tal como se señaló anteriormente en el presente acto administrativo, el informe a que hace referencia el apoderado del Concesionario y que data del 2 de noviembre de 2016 no corresponde al informe detallado al que se comprometió a entregar el Concesionario en cumplimiento del Otrosí 16 de 2013, que *contrario sensu* corresponde al informe de Inversión de Capital Privado, correspondiente al primer semestre del año 2016, el cual es de obligatorio cumplimiento de acuerdo con las exigencias propias de la Contaduría General de la Nación, pero que se

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

reitera, no corresponde al informe detallado del avance del Plan de Normalización a que se refiere el numeral 3 de la Cláusula 2 del Otrosí 16 de 2013.

Y resulta imposible para la entidad aceptar que el informe presentado por el Concesionario con radicado ANI No. 2016-409-100004-2 del 3 de noviembre de 2016 resulta ser el informe requerido en el Otrosí 16 pues, no es dable determinar con base en el informe de Inversión de Capital Privado si las inversiones reportadas pertenecen al cumplimiento de las actividades específicas del Plan de Normalización o hacen parte de los gastos operativos necesarios para la gestión contractual del Concesionario.

Ahora bien, respecto del argumento señalado por el apoderado del Concesionario consistente en que la resolución recurrida no establece cómo el no haber presentado el informe mensual detallado del estado de avance del Plan de Normalización sea un incumplimiento grave que tenga la suficiente influencia en la ejecución del contrato que amenace su paralización, encuentra este Despacho que efectivamente el incumplimiento de la obligación contemplada en la Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión no guarda relación directa con aquellas actividades que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, cual es, la construcción, rehabilitación, conservación, operación, mantenimiento y explotación por parte del Concesionario de la infraestructura otorgada por la Entidad.

Finalmente tampoco es de recibo el argumento expuesto por el apoderado de CHUBB COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. cuando señala que se trata de una conclusión de la Interventoría calificada como infundada, toda vez que para enero de 2016 la Interventora no fungía como tal, pues tal como se determinó en la resolución recurrida, en su labor de empalme, llevada a cabo en mayo de 2016, la firma interventora se puso al tanto del estado actual de cumplimiento de las obligaciones en cabeza del Concesionario; razón por la cual, no resulta ser un argumento suficiente para desvirtuar el cargo imputado.

En atención a ello, se procederá a confirmar la declaratoria de incumplimiento de la obligación contemplada en la Cláusula 2, numeral 3 del Otrosí 16 al Contrato de Concesión; y a revocar lo dispuesto en la Resolución 1052 de 2017 en lo que atañe a que el referido incumplimiento conlleva la paralización del contrato de concesión No. 09-CONP-98 y en consecuencia a la declaratoria de caducidad del mismo

10. Respecto del límite de la responsabilidad de las compañías aseguradoras.

La aseguradora CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. a través de su apoderado, presentó recurso de reposición a fin de que se revoque la Resolución No. 1052 de 2017 por la cual se resolvió declarar la caducidad del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98, y de no accederse a ello, solicitó se ACLARE en el

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

sentido de que la responsabilidad de las aseguradoras se limita al valor asegurado en la Póliza No. 43313667 para el amparo de cumplimiento, esto es, a la suma de \$16.628.009.400, atendiendo el coaseguro pactado.

En atención a la referida solicitud de aclaración, valga la pena señalar que en Colombia, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios, el seguro de cumplimiento tiene como objeto amparar el pago de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de obligaciones surgidas de leyes o contratos, que usualmente se categoriza en los seguros de daños.

Lo anterior en la medida que *"el seguro de cumplimiento pretende el restablecimiento del patrimonio económico del acreedor de la obligación (asegurado), por causa del incumplimiento del contrato o de la disposición legal por parte del deudor (tomador del seguro)"*(Superintendencia Financiera, 2004).⁸

Así mismo, el seguro de cumplimiento está dirigido a amparar daños patrimoniales, donde la responsabilidad de la compañía aseguradora es el pago de una indemnización, limitada al monto del valor asegurado y hasta la concurrencia del perjuicio patrimonial que demuestre haber sufrido el asegurado, como consecuencia del incumplimiento del contrato o de las obligaciones garantizadas.⁹

Así lo ha dispuesto el Código de Comercio Colombiano cuyos artículo 1079 y 1089 disponen:

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

(...)

ARTÍCULO 1089. LIMITE MÁXIMO DE LA INDEMNIZACIÓN. Dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario.

Se presume valor real del interés asegurado el que haya sido objeto de un acuerdo expreso entre el asegurado y el asegurador. Este, no obstante, podrá probar que el valor acordado excede notablemente el verdadero valor real del interés objeto del contrato, mas no que es inferior a él."

De las normas anteriormente citadas se encuentra que, el valor de la indemnización a cancelar por parte del asegurador se encuentra delimitado por los siguientes factores: el valor asegurado, el valor del bien en el momento del siniestro y el perjuicio efectivamente sufrido por el asegurado o beneficiario. El primero, cuantifica la protección que requiere el asegurado y que se erige en el límite máximo de la indemnización en caso de siniestro, y los otros dos factores, se refieren al valor real

⁸ REYES Laura, Baquero Felipe, *Seguros de daños, el seguro de cumplimiento*, Fasecolda, junio de 2011,

⁹ Ver MENDOZA Vargas, Janne Karime y García Echeverri, Claudia, *El seguro de cumplimiento y la contratación pública*, primera edición, Leyer, Bogotá D.C., 2009.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

del interés asegurado en el momento del siniestro y al monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o beneficiario.

En este orden, el valor real se define como el que registran los bienes al momento de presentarse el siniestro, mientras que el segundo factor lo único que hace es subrayar el carácter meramente indemnizatorio de los seguros de daños, los cuales en virtud del artículo 1088 del precitado código no deben constituirse en fuente de enriquecimiento respecto del asegurado o beneficiario.

A la luz de las anteriores disposiciones y teniendo en cuenta que el objetivo perseguido por los seguros de daños es la reparación del daño patrimonial sufrido por el titular del interés asegurable con ocasión del siniestro, se concluye que si bien la suma asegurada determina el límite máximo de la responsabilidad del asegurador, ese factor no puede tomarse en forma aislada, como único y determinante de la indemnización a cancelar por parte de éste, cuando por expresa disposición legal solo configura el marco dentro del cual se sujeta la prestación del asegurador, la cual igual debe responder a los parámetros señalados en el artículo 1089 del mencionado código.

En atención a lo hasta aquí señalado, este Despacho dispone no acceder a la solicitud elevada por el apoderado de la compañía aseguradora CHUBB en el sentido de aclarar la resolución recurrida pues la responsabilidad de las aseguradoras se limita al valor asegurado en la Póliza No. 43313667 para el amparo de cumplimiento, esto es, a la suma de \$16.628.009.400, atendiendo el coaseguro pactado.

Contrario sensu, se tendrá en cuenta para delimitar la responsabilidad de las compañías aseguradoras no sólo el valor asegurado, sino también el perjuicio efectivamente sufrido por el asegurado o beneficiario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral siguiente de la presente resolución, así como el porcentaje de participación de cada una de las compañías aseguradoras.

11. Sobre la grave afectación del Contrato de concesión por los incumplimientos acreditados a lo largo de la presente actuación administrativa y la consecuente declaratoria de caducidad.

La cláusula de caducidad es una de las llamadas cláusulas exorbitantes del derecho común y pone de manifiesto el reconocimiento de poderes excepcionales a la Administración que le permiten extinguir el vínculo contractual para asegurar la primacía de los intereses públicos o sociales que están vinculados a la realización del objeto del contrato.

Tan importante es, que mediante el uso de dicha prerrogativa, la Administración tiene la posibilidad de terminar unilateralmente un contrato estatal con efectos hacia el futuro, en casos de incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del contratista que repercuta seriamente en la ejecución del contrato, con el propósito de desplazar o remover a dicho contratista de manera que pueda la entidad directamente o por

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

medio de un tercero asumir la obra o prestación del servicio, cumpliendo las exigencias de idoneidad y capacidad.

Así pues, por la gravedad de sus consecuencias, resulta relevante para el desarrollo del contrato de concesión, revisar la procedencia de declaratoria de caducidad con sus respectivas consecuencias de terminación del vínculo contractual entre la ANI y FDP y la correspondiente liquidación del contrato de concesión, declaradas en la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017, de conformidad con los argumentos expuestos a lo largo del presente acto.

Sobre la declaratoria de caducidad declarada en la resolución 1052 de 2017, el apoderado de la COMPAÑÍA ASEGURADORA CHUBB, durante la sustentación de su recurso señaló que:

- (i) Los incumplimientos no son graves ni afectan directamente la ejecución del contrato porque no amenazaban con conducir a la paralización del mismo.
- (ii) De estar acreditados los seis incumplimientos, estos no están relacionados directamente con el servicio de operación de transporte público férreo de carga, que advierte, se reactivó el 10 de diciembre de 2016.
- (iii) Para declarar la caducidad debían cumplirse los elementos del artículo 18 de la Ley 80 de 1993 pues la potestad sancionatoria está sujeta a los principios de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

En atención a los referidos argumentos, teniendo en cuenta la gravedad de la declaración de caducidad de un contrato estatal y que su declaratoria motivada solamente como sanción para el contratista es contraproducente para el interés público, corresponderá a este Despacho revisar si se configuran los presupuestos necesarios para la declaratoria de caducidad, esto es, determinar si los incumplimientos revisados al interior de la presente actuación administrativa afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato conduciendo a la paralización del mismo, y de este modo poder revisar la decisión adoptada en la Resolución recurrida en la que se concluyó:

"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, para discurrir los argumentos presentados por el apoderado de la referida compañía aseguradora, es importante mencionar que según el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, las Entidades Públicas mediante acto administrativo debidamente

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

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.

Sin embargo, debe advertirse que la declaratoria de caducidad del contrato no puede ser arbitraria en la medida que si bien se trata de uno de aquellos poderes exorbitantes concedidos a la administración, también connota una prerrogativa a su favor con el fin de proteger el interés colectivo, por lo que para su eventual declaratoria deben observarse las formalidades propias del procedimiento administrativo sancionatorio, y garantizar los derechos de defensa a las partes.

Así lo ha señalado el Consejo de Estado, Sección Tercera, el 24 de octubre de 2013, radicado número 23001-23-31-000-2000-02857-01(24697), al expresamente afirmar que:

"La caducidad comparte con los demás poderes exorbitantes la teleología de la protección al interés colectivo, de ahí que se trate de una prerrogativa a favor de la administración, cuya finalidad siempre será el beneficio general en la celebración de un contrato estatal. En ese orden de ideas, su declaración no puede ser arbitraria, ni constituir un mecanismo de protección y coerción de los servidores públicos."

Así mismo, 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 ..."*

En consonancia con ello, en jurisprudencia ampliamente reiterada ¹⁰, el Consejo de Estado ha señalado:

"De conformidad con lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Administración está habilitada para declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo debidamente motivado, siempre que se reúnen los siguientes presupuestos: (i) un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y (iii) que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato. Según la norma en cita, dicha declaratoria trae

¹⁰ Ver por ejemplo C.E., S3, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, 10 de noviembre de 2016, Radicado No. 13001-33-31-004-2005-01088-00 (56179).

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.¹¹

Así pues, la Administración puede declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo motivado, siempre que se reúnan los siguientes presupuestos:

- i) Un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista
- ii) Que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato
- iii) Que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato.

Presupuestos estos que resultan ser todos necesarios y de obligatoria motivación en el acto administrativo, pues la ausencia de alguno afecta la validez de la determinación y origina un derecho resarcitorio para el contratista injustamente privado del contrato y afectado por la inhabilidad.

Corresponde entonces, efectuar una verificación de cada uno de los presupuestos anteriormente mencionados para resolver el problema planteado al inicio del presente numeral como se procede a continuación:

- i) Verificación de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista.

Para hablar de caducidad debe haberse comprobado el incumplimiento de una obligación a cargo del contratista en virtud del contrato de concesión, incumplimiento este que parte de la existencia real de una obligación incumplida en el tiempo o en calidad y de que no exista eximente de responsabilidad alguno a dicho incumplimiento.

Efectivamente, como se ha demostrado a lo largo del presente acto administrativo, para la entidad resulta probado el incumplimiento de las obligaciones a cargo del Concesionario revisadas al interior de la presente actuación administrativa, incumplimientos que puntualmente atañen a:

- 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

¹¹C.E., S3, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Bogotá D.C., veintiseis (26) de junio de dos mil catorce (2014). Radicación número: 25000-23-26-000-2000-02151-01(26705)

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

- numeral 2.1.6.2, literal a) y numeral 2.7, numeral romano iv) del Pliego de Condiciones del Contrato de Concesión.
- 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.
 - 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.
 - 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.
 - 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.
 - 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 Otrosí 16 al Contrato de Concesión.

En consecuencia, el primer presupuesto se encuentra configurado en tanto se ha verificado la situación de incumplimiento de las obligaciones anteriormente relacionadas.

- ii) Verificación para determinar si los referidos incumplimientos afectaron de manera grave y directa la ejecución del contrato.

La jurisprudencia y la doctrina ampliamente han señalado que el incumplimiento del contratista no puede ser de cualquier obligación sino de una que afecte de manera directa y grave la ejecución del contrato, por lo que no podría declararse la caducidad de un contrato por obligaciones aisladas y que en nada afectaban la ejecución del contrato.

También ha señalado la doctrina¹² que *“no cualquier especie de incumplimiento conduce a la terminación del contrato, ya que el incumplimiento debe evaluarse objetivamente. El incumplimiento como se ha dicho, debe tener cierta entidad para autorizar una consecuencia tan extrema como es el marchitamiento del vínculo contractual. Así, Melich-Orsini señala:*

(...) no basta cualquier retardo por insignificante que él sea, para que el juez tenga el deber de pronunciar la resolución, sino que es necesario que tal retardo justifique, por su gravedad o por su persistencia, ser apreciado como

¹² VILLAMIL Portilla Edgardo, *Levedad del incumplimiento contractual y otros ensayos*, Villamil portilla Editores, Bogotá, 2016, pág. 58.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

verdadera infracción a la lealtad recíproca que se deben las partes en un contrato bilateral. Todos esos incumplimientos, sea que adopten la forma de simples retardos, sea que constituyan ya incumplimientos que, aunque parciales, son "definitivos e irreparables", caen en efectos dentro del amplio concepto de "no ejecución de la obligación" a que alude el artículo 1167 del Código Civil y sólo será cuestión de apreciar su gravedad o importancia a los fines de que, según el criterio ya expuesto en lo que concierne al retardo, deba o no el juez pronunciar la resolución del contrato aquí demandado. (Doctrina general del contrato, pp 740-743)."

Señalado ello, encuentra este Despacho que de los incumplimientos de que trata el literal anterior, los que atañen a la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas en el Contrato de Concesión, así como el no contar con un Asistente Técnico Operativo resultan ser de una entidad significativa para la ejecución del contrato que pueden llegar a afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato pues influye desfavorablemente en su correcta ejecución.

Tal como se advirtió en la resolución recurrida, y a lo largo del presente acto que resulta ser un incumplimiento grave 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.

El no dar cumplimiento a las obligaciones contempladas en las Cláusulas 70, 71 y 72 del Contrato de Concesión, que se refieren a la constitución de las pólizas, implica que el contrato de Concesión 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.

Por otra parte, la no suscripción del contrato de Asistencia Técnica Operativa, representa un incumplimiento grave que afecta la ejecución del contrato de concesión en la medida que para dar cabal cumplimiento al mismo se requiere la experiencia ya sea del concesionario o un tercero, de saber operar trenes y/o construir vías férreas, sin embargo, tal como quedó ampliamente demostrado en el presente acto, el Concesionario no logró acreditar la efectiva ejecución del contrato de asistencia técnica ni tampoco probó que contaba con la experiencia contractualmente requerida para asumir dicho rol.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

Así pues, en el caso *sub judice*, resulta un concesionario sin un asistente técnico efectivo y sin la experiencia demostrada para reemplazarlo, lo que no garantiza una prestación eficiente del servicio de transporte férreo en las condiciones de calidad, eficiencia y seguridad exigidas, pues ello propicia la ocurrencia de accidentes, así como 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.

De modo tal que, no contar con un Asistente Técnico Operativo de forma real y efectiva se traduce en ejecutar un contrato mediante el cual se otorgó en concesión infraestructura de la Nación sin cumplir con los requisitos establecidos desde el pliego de condiciones 001-98, poniendo en grave riesgo el material rodante de la Nación así como la infraestructura ferroviaria concesionada.

Ahora bien, respecto de los demás incumplimientos que se refieren a la violación al 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; la acreditación de la capacidad financiera ante la variación de la composición accionaria; el 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; y la no presentación de los informes mensuales detallados del estado de avance ni haber asistido a las revisiones semestrales previstas en el Plan de Normalización; considera este Despacho que, si bien son incumplimientos que aumentan el riesgo en el marco del contrato de concesión, ellos no lo afectan de manera grave teniendo en cuenta el impacto que tiene sobre la ejecución contractual su incumplimiento.

iii) Que el incumplimiento amenace con paralizar el contrato de concesión.

Este tercer presupuesto para la declaratoria de caducidad resulta relevante en la medida que pueden haber incumplimientos graves que afecten la ejecución del contrato pero no lo amenazan con su paralización porque si bien se encuentra limitada y afectada la ejecución por el comportamiento del contratista, *"las circunstancias de la ejecución apuntan a afirmar que mal que bien saldrá el contratista adelante, quizá logrando una mejoría con la aplicación de un buen llamado de atención."*¹³

Señalado ello, corresponde verificar entonces, si los dos incumplimientos que fueron calificados de llegar a afectar de manera grave y directa la ejecución del contrato, pueden ser subsumidos en el tercer presupuesto necesario para la declaratoria de

¹³ DÁVILA V Luis Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal*, LEGIS, Tercera edición, página 659.

“Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017”

caducidad, es decir, si los referidos incumplimientos pueden conducir a la paralización del contrato.

Por paralización del contrato se entiende, la detención definitiva de la ejecución de las actividades propias al objeto contractual, desviando el negocio jurídico de la trayectoria inicialmente prevista.¹⁴

Partiendo de esta definición, observa este Despacho que los incumplimientos calificados como aquellos que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato, que atañen a la no constitución oportuna de las garantías mínimas exigidas en el Contrato de Concesión, así como a no contar con un asistente técnico operativo, no conllevaron a la paralización del contrato, en la medida que, dichas situaciones no pueden ser calificadas como la causa de una eventual parálisis del mismo.

Cabe recordar que el objeto contractual consiste en la construcción, rehabilitación, conservación, operación, mantenimiento y explotación por parte del Concesionario de la infraestructura otorgada por la Entidad. Y para hablar de parálisis del contrato de concesión debería verse afectado el cumplimiento de alguna de las referidas actividades, calificadas como obligaciones principales del contrato de concesión.

Sin embargo, ninguna de las obligaciones incumplidas guarda relación directa con aquellas actividades que se califican como principales por subsistir por sí mismas y por guardar directa relación con el objeto contractual, que pretende en términos generales, la conservación y mejora de la infraestructura y la operación del corredor férreo en las condiciones contractualmente previstas.

En este sentido, si bien los incumplimientos imputables a la Sociedad FERROCARRIL DEL PACÍFICO S.A.S. resultan ser situaciones que afectan la ejecución contractual, en criterio de este Despacho ninguno de ellos tiene la entidad suficiente para afectar directamente las actividades propias del objeto del Contrato de Concesión 09-CONP-98 por lo que en consecuencia no amenazan con su paralización, razón por la cual, en sede de recurso, la Entidad considera que no resulta procedente la declaratoria de caducidad efectuada en el numeral segundo del resuelve de la Resolución 1052 de 2017, por lo que se procederá a revocar la referida declaratoria así como las consecuencias propias de la misma, dispuestos en los numerales sexto y séptimo de la referida resolución.

12. Sobre la tasación de los perjuicios causados por los incumplimientos atribuibles al Concesionario.

¹⁴ Ver CE., Sala de Consulta y Servicio Civil, C.P. Germán Bula Escobar, Bogotá D.C., 5 de julio del 2016, Radicado No. 11001-03-06-000-2016-00001-00 (2278).

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

En la resolución 1052 del 2 de agosto de 2017, la Entidad, con base en los incumplimientos que encontró acreditados y que efectivamente fueron declarados, ordenó a la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S. el pago de los perjuicios causados con ocasión de los referidos incumplimientos, pago este que asciende a la suma de TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y UN DOLARES (US\$32.805.231), 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

Respecto de dicha decisión, el apoderado del Concesionario solicitó se revoque el artículo tercero del resuelve de la resolución recurrida y en su lugar se declare la excepción de caducidad de la multa, o de no acceder a ello, solicita sea revocado el artículo tercero del resuelve de la resolución recurrida para que se practique mediante la intervención de perito contador la estimación de los perjuicios que aduce se le han causado a la ANI, así como los que se le causaron a FDP, pues en la resolución atacada, no se explicó de forma detallada la estipulación específica en el contrato de cada una de las "multas impuestas", ni la forma como se realiza su

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

tasación legal y contractual. Así pues, concluye el recurrente que no es cierto que se hayan causado perjuicios que deba pagar la sociedad concesionaria en la cuantía que preliminarmente ha tasado la Gerencia de Defensa Judicial de la ANI por cuanto los mismos no aparecen acreditados objetivamente y tampoco se ha producido incumplimiento de obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 09-CONP-98 en las que se pueda fundamentar la causación de tales perjuicios.

Adicionalmente, manifiesta el apoderado de FDP que en el contrato de Concesión se estipuló: i) en la cláusula 96 el régimen contractual para la imposición de multas a Ferrovías por incumplimiento de las obligaciones derivadas del citado contrato; ii) que como causal de terminación anticipada del contrato se estipuló en el numeral 105.1 que ello podría suceder "*A solicitud de cualquiera de las partes por causa del incumplimiento del contrato por culpa imputable a la contraparte*"; iii) que dicha terminación anticipada podría darse cuando el incumplimiento grave se predique de las obligaciones a cargo de Ferrovías, evento en el cual habría lugar a la indemnización de cualquiera de los contratantes. (Cláusula 113); iv) que en caso de la terminación anticipada del contrato por causa imputable a Ferrovías se causaría una indemnización a favor del Concesionario conforme lo acordado en la cláusula 115 del Contrato de Concesión; v) Como consecuencia de la terminación anticipada del contrato de Concesión, se dispuso en las cláusulas 121, 122 y 123 las prestaciones especiales en favor del Concesionario respecto de los créditos no amortizados que hayan sido utilizados para efectuar inversiones en la infraestructura revertirle, así como las condiciones de pago de dichos créditos y las capitalizaciones no amortizadas previstas en la cláusula 121 citada.

Y conforme a ello solicita se proceda al pago de las indemnizaciones contractualmente pactadas a favor del Concesionario y para el efecto se dé cumplimiento al procedimiento correspondiente para su liquidación y pago a favor del Contratista.

A su turno, el apoderado de CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. indica que los perjuicios que la ANI pretende le sean indemnizados no existen y no son consecuencia de los incumplimientos que declaró probados ni de la declaratoria de caducidad o por lo menos, no fueron acreditados, lo que en su criterio comporta una situación de falsa motivación, violación del principio de congruencia e indemnizatorio del seguro de cumplimiento.

Sustenta su afirmación en que, a su parecer, correspondía a la Agencia acreditar no sólo el incumplimiento, sino además -en virtud de la presunción de inocencia-, la carga probatoria respecto de los perjuicios causados con la declaratoria de caducidad del Contrato, motivo para que no puedan tenerse como probados por el hecho de no haber sido desvirtuados por el Concesionario.

Insiste el apoderado de CHUBB, que se configuró un error de hecho y de derecho al indicarse en el acto recurrido como perjuicios causados el valor asegurado en las Pólizas de cumplimiento, especialmente cuando: (i) no se determinó el daño

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

patrimonial sufrido; (ii) la póliza de cumplimiento relacionada con el "Cumplimiento de las obligaciones de Conservación" fue expedida el 31 de diciembre de 2015 mediante Póliza No. 43313667 y entregada por el Concesionario a la ANI; y (iii) las Pólizas de cumplimiento de "*las demás obligaciones derivadas del contrato de concesión*" y "*del contrato de asistencia técnica*" no debían ser entregadas ni constituyen un incumplimiento de este proceso administrativo sancionatorio, pues de conformidad con lo dispuesto en el Otrosí No. 15 del 10 de julio de 2008, la primera póliza era obligación de la cesionaria del contrato TREN DE OCCIDENTE S.A., y la segunda, según el inciso cuarto y quinto de la cláusula 2.5.4 del Pliego de Condiciones del Contrato, correspondía a VECTURIS COLOMBIA S.A.S.

Así mismo, califica como absurda la exigencia a título de perjuicio, de pagar el valor que habría sido asegurado en las pólizas de cumplimiento referidas, lo que en sentir del recurrente desconoce el principio indemnizatorio de que trata el artículo 1088 del Código de Comercio, en virtud del cual la indemnización sólo es exigible por el *Estado cuando su patrimonio resulte afectado por la ocurrencia del riesgo asegurado o el hecho constitutivo de siniestro.*

Aunado a lo anterior, CHUBB dice que no es correcto el valor de las inversiones pendientes por ejecutar dentro del Plan de Normalización presentado y que la ANI pretende a título de indemnización. Al respecto, se remite a lo anunciado en los Descargos del Concesionario, en el sentido de que el valor de la inversión ejecutada ascendió a USD\$24.987.198 (76.58%), por lo que el valor dejado de invertir correspondería a USD\$7.642.727.

Para acreditar su dicho se remite a: (i) un correo electrónico del 26 de diciembre de 2016 con la información para el cálculo medio de la póliza de cumplimiento que debía constituirse conforme al Otrosí No. 19, según el cual, el valor de inversión del Plan de Normalización fue de USD\$24.987.198; y, (ii) las consideraciones del Otrosí No. 19, en las que se indicó que *el concesionario ya había invertido cerca de veintisiete millones de dólares.*

También alega el apoderado de CHUBB que ni de la declaratoria de incumplimiento ni de la caducidad del Contrato, nace la obligación de pagar las inversiones pendientes por ejecutar dentro del Plan de Normalización presentado por FDP, toda vez que no se indica con estas inversiones qué daños se indemnizarían, situación que dice el apoderado de CHUBB, afecta el principio de congruencia y el derecho de defensa, pues en su parecer, la Agencia se excedió de lo indicado en la citación, al tiempo que las inversiones exigidas no representan un lucro cesante, un daño emergente o la pérdida de oportunidad, pues las tan mencionadas inversiones no ingresarían al patrimonio de la entidad sino que se verían reflejadas en los bienes e infraestructura.

En el mismo sentido, el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A., solicita se revoque parcialmente el artículo TERCERO de dicho acto, cuantificando proporcionalmente los perjuicios que se dice se causaron con ocasión al presunto

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

incumplimiento del Contratista y se proceda a compensar el valor de la sanción impuesta con los saldos que se le adeuden, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el numeral 6 de las condiciones Generales de la Póliza de Seguro de Cumplimiento ante Entidades Estatales.

Considera el apoderado de la compañía aseguradora que la Resolución atacada carece de una cuantificación de perjuicios tasada de forma objetiva, y por ende considera que de ratificarse la tasación efectuada de los mismos se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin causa de conformidad con lo estipulado en los artículos 831 y 1088 del Código de Comercio.

Lo anterior en la medida que, en su parecer, en el acto recurrido se hizo efectiva la garantía de cumplimiento: (i) sin cuantificar el perjuicio que se dice sufrido por la Agencia; (ii) omitiendo el procedimiento establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011; (iii) sin soportar el daño que se dice sufrido por la entidad como consecuencia de la no entrega de pólizas; (iv) sin tener en cuenta el carácter meramente indemnizatorio del contrato de seguro y que los perjuicios reclamados provengan del acaecimiento del siniestro; y, (v) no se demostró ni la ocurrencia del siniestro ni la cuantía de la pérdida, como lo exige el artículo 1077 del Código de Comercio.

De otro lado, indica que con la decisión recurrida y ante la ausencia de cuantificación de los perjuicios exigidos por la entidad en la decisión recurrida, se configura un ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA (artículos 831 y 1088 del Código de Comercio), motivo para que deba revocarse la Resolución o cuantificarse como corresponde el perjuicio reclamado.

En atención a lo señalado por los apoderados recurrentes en esta materia de la indemnización de perjuicios, y teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el numeral anterior del presente acto administrativo no resulta procedente la declaratoria de caducidad del contrato de concesión No. 09-CONP-98 de 1998, corresponderá a esta Entidad determinar en primer lugar si en la resolución recurrida se encuentra debidamente acreditado el daño y los perjuicios sufridos por la Agencia como consecuencia de los incumplimientos endilgados al Concesionario.

Para resolver dicha cuestión es necesario indicar que los daños son los menoscabos que sufre una persona, en sus bienes, propiedad, o patrimonio, a consecuencia de un evento determinado, y del cual debe responder otra persona. Los perjuicios a su turno, son las ganancias lícitas que dejan de obtenerse o los gastos que se ocasionan por acto u omisión de otro, y que éste debe indemnizar.

De ello se desprende que la obligación de indemnizar nace cuando efectivamente se ha producido un daño o perjuicio pues el incumplimiento por sí sólo no implica ni supone la existencia de perjuicios ya que estos deben ser probados.

Así pues, son requisitos de la indemnización de daños y perjuicios:

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

- La existencia real de los daños o perjuicios causados.
- La relación de causa a efecto entre el incumplimiento y el daño o perjuicio, de modo que éste sea consecuencia de aquél.
- Que los daños o perjuicios reales se acrediten.
- Que sean ciertos, no dudosos, o posibles.

Sin embargo, observa este Despacho que en la resolución recurrida no fue acreditada de forma efectiva la existencia de los daños o perjuicios que se hayan ocasionado como resultado de los incumplimientos imputables al Concesionario pues no hay claridad en relación a que, el no haber ejecutado las obligaciones revisadas en el caso sub iudice sean la causa que generó un daño a la Entidad.

Ahora bien, respecto de las inversiones cuyo pago se requiere en la Resolución 1052 de 2017, se observa que al no proceder la declaratoria de caducidad del contrato de concesión no podría la entidad exigir su pago pues al mantenerse vigente el vínculo contractual con el concesionario Ferrocarril del Pacífico S.A.S. tiene él el deber de ejecutarlas en el marco propio de la ejecución contractual.

Así pues, resulta de recibo los argumentos planteados por los apoderados atinentes a que el daño que dice haber sufrido la Entidad no resultó efectivamente probado, por lo que este despacho procederá a revocar lo dispuesto en el numeral tercero de la Resolución 1052 del 2 de agosto de 2017 que ordenó 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).

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR el incumplimiento 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.- REVOCAR los artículos segundo, tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo de la Resolución No. 1052 del 02 de agosto de 2017, proferida por la Agencia Nacional de Infraestructura, de conformidad con los argumentos expuestos en el numeral 11 del presente acto administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. - NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución en Audiencia de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

"Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos por la Sociedad Ferrocarril del Pacífico S.A.S., CHUBB Seguros de Colombia S.A. y Seguros del Estado S.A., en contra de la Resolución No. 1052 del 2 de agosto de 2017"

ARTÍCULO CUARTO. - 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.

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

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.

Dada en Bogotá D.C., a los


HEYBY POVEDA FERRO
Gerente G2/Grado 09 Equipo Sancionatorio
Vicepresidente Jurídica
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Elaboró: Lina Alejandra Cruz Segura - Abogada Equipo Sancionatorio/VJ 
Revisó: Carlos Augusto Arboleda Arjona - Apoyo a la Supervisión GIT Proyectos Modo Férreo y portuario/VGC 
 Priscila Sanchez Sanabria - Gerente Jurídico Gestión Contractual 2/VJ 

