



## AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 605 DE 25 ABR 2014

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

## EL VICEPRESIDENTE DE PLANEACIÓN, RIESGO Y ENTORNO DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En atención a la delegación realizada por el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura contenida en la Resolución No. 591 de 21 de abril de 2014, y en ejercicio de sus facultades legales y en especial las conferidas por los Artículos 3º, 4º, numerales 1 y 2, y 14 de la Ley 80 de 1993, el Artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, el numeral 23 del Artículo 11 del Decreto 4165 de 2011, y el procedimiento previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 34 a 45 y 47 a 52 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, procede a resolver el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante *"la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"* interpuesto por la apoderada de DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S.

## CONSIDERANDO

Que mediante Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, la Agencia Nacional de Infraestructura resolvió lo siguiente:

**"ARTÍCULO PRIMERO.- DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO por parte de la Sociedad DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S. de las obligaciones establecidas en la Cláusula Quinta (5º) y en los literales a), b), d) y f) de la Cláusula Séptima (7º) del Contrato de Compraventa No. VPRE 288 de 2013, tal y como se expuso en la parte considerativa del presente acto administrativo.**

**ARTÍCULO SEGUNDO.- Como consecuencia de lo anterior, HACER EFECTIVA LA CLÁUSULA PENAL prevista en el numeral 3) de la Cláusula Décima Primera (11º) del Contrato de Compraventa No. VPRE 288 de 2013, en la suma de SETENTA Y TRES MILLONES TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$73.037.325), que corresponde al veinte por ciento (20%) del valor total del Contrato de Compraventa.**

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

**ARTÍCULO TERCERO.- DECLARAR OCURRIDO EL SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de Cumplimiento No. 21-44-101148083, de Seguros del Estado S.A.**

**ARTÍCULO CUARTO.- De conformidad con lo previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en estrados.**

**ARTÍCULO QUINTO.- De conformidad con lo previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición.**

**ARTÍCULO SEXTO.- En firme la presente providencia, publíquese de acuerdo con lo ordenado por el Artículo 31 de la Ley 80 de 1993, y comuníquese a la Procuraduría General de la Nación y la Cámara de Comercio en donde se encuentra inscrita la sociedad DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S.".**

Que según lo dispuesto en el literal c) del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el veintidós (22) de abril de dos mil catorce (2014) a las ocho y cincuenta y cinco de la mañana (8:55 a.m.), se reanudó la audiencia de imposición de multas, sanciones y declaratoria de incumplimiento para notificar formalmente la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014. Diligencia que se desarrolló en las instalaciones de la Agencia y a la que asistieron el representante legal de DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S. junto con su apoderada y la apoderada de Seguros del Estado S.A.

Que en desarrollo de la audiencia se dio lectura de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, haciendo entrega de una copia a cada uno de las apoderadas de las partes comparecientes y notificando el contenido del Acto Administrativo en la audiencia, conforme lo establece el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en desarrollo de la misma, la apoderada de DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S. interpuso recurso de reposición, a efectos de lo cual solicitó su suspensión para preparar las razones en que fundaría su recurso.

Que en atención a tal solicitud se suspendió la audiencia la cual fue reanudada el día veintitrés (23) de abril de dos mil catorce (2014), en el curso de la cual la referida abogada sustentó de manera oral las razones de su inconformidad, las cuales remitió de manera posterior mediante mensaje de datos.

Que a efectos de resolver el recurso de reposición, se decidió suspender la diligencia hasta el día veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014) a las ocho de la mañana (8:00), término en que la Agencia adoptaría la decisión que en derecho corresponda.

Que por lo anterior, corresponde a la Agencia Nacional de Infraestructura resolver el recurso interpuesto contra la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014.

#### **DEL RECURSO DE REPOSICIÓN**

La apoderada de DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., solicitó se declare la nulidad de la Resolución No. 592 de 22 abril de 2014, y en consecuencia se revoque integralmente, con fundamento en las siguientes razones:

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

## **"2.1 DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA NEGATIVA DE LA CESIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS**

*En el contrato estatal, la estipulación del término contractual, reviste una especial importancia, teniendo en cuenta que con los contratos celebrados por la administración se pretende satisfacer una necesidad y un interés público, por lo cual, por regla general, se define un plazo fijo o determinado por la Administración para el cumplimiento de la obligación contractual.*

*Bajo ese orden de ideas, si bien existe un plazo contractual, dentro del cual el contratista debió dar cumplimiento total a sus obligaciones, con el vencimiento del mismo, no se endiente extinguidas sus obligaciones, por lo que, dentro de la vigencia del contrato, la administración está en el deber los mecanismos que promuevan el fin último del contrato que suscribió y en lo posible propender porque la necesidad de la Entidad quede satisfecha con el contrato celebrado.*

*"El vencimiento del plazo de ejecución del contrato estatal sin el cumplimiento de la obligación por el contratista, da lugar al fenómeno de la mora, y si bien no obstante para que pueda cumplirse y recibirse la prestación en ese estado anormal de la relación obligacional (...) Como arriba se explicó, la estipulación de un plazo de ejecución del contrato es de vital importancia para el cumplimiento puntual de su objeto y, por tanto, en orden de atender y satisfacer la necesidad pública que dio lugar a su celebración; además, responde a estrictos principios de la contratación pública, como los de economía y planeación"<sup>1</sup>*

Así las cosas, la Agencia Nacional de Infraestructura desconoció la prevalencia del interés general y la subsistencia de la necesidad que le dio origen en observancia de la doctrina, que al respecto establece:

*"La naturaleza del plazo no es la de ser una medida de terminación del contrato, sino que apenas es el señalamiento de la urgencia de la Administración o de las partes que se cumpla con la prestación. El plazo es un elemento para la exigibilidad de la obligación y para determinar el momento a partir del cual se cumplió oportunamente o se empezó a incumplir con la Administración. Este debe ser el verdadero criterio de interpretación en el campo estatal, pues su particular naturaleza es buscar el interés general, y este se obtiene por encima del plazo, y por eso es que la Administración puede declarar terminado el contrato antes o aun continuarlo con posterioridad al vencimiento del término. De ahí que como lo expresa ESCOLA "el plazo no es esencial y la vigencia cede a la necesidad"<sup>2</sup>"*

Por consiguiente, a pesar de que persistía para la Entidad la necesidad contractual no agotó todas las posibilidades que permitieran al contratista suministrar el objeto

<sup>1</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Exp. 17.031 del 20 de noviembre de 2008. MP. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>2</sup> Palacio Hincapié, Juan Ángel. La contratación de las Entidades Estatales. Sexta Edición. 2010. Pág. 417.

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

*contractual a través del mecanismo de cesión de los derechos económicos del contrato a favor de un tercero, para el cumplimiento del fin último de la contratación, lo cual tenía como finalidad evitar al máximo la terminación del contrato sin el cumplimiento de la obligación de entregar el objeto contractual, o el tiempo que hubiera tardado la Entidad iniciar otro proceso de selección para su adquisición, encontrándose temporalmente sin el uso de la solución de almacenamiento requerida.*

*A pesar de que la misma entidad insistió en su argumento que existían riesgos para realizar el pago a un tercero, nunca demostró dichos riesgos ni la ocurrencia probable de los mismos, quedando solo como mera opinión subjetiva por parte de la Agencia.*

### ***2.3. De la indebida interpretación de situación de reorganización empresarial de Datapoint de Colombia S.A.S.***

*Producto de los hechos financieros que fueron expuestos detalladamente durante la Audiencia de Incumplimiento, y previamente informados mediante diversas comunicaciones a la entidad, DATAPOINT se quedó sin fondeo de recursos, por cuanto la FIDUCIARIA COLPATRIA, fuente de pago y administración de recursos para los proyectos contractuales que adelanta DATAPOINT, no volvió a permitirle usar tales recursos.*

*Tal situación fue debidamente probada mediante comunicaciones donde se envió oficio de la Superintendencia donde se le exige a FIDUCIARIA COLPATRIA, que devuelva los recursos que ha retenido a DATAPOINT.*

*La anterior situación obligó a que DATAPOINT propusiera la reorganización de empresarial acorde con la Ley 1116 de 2006, lo cual fue ordenado en efecto por la Superintendencia en el Auto N° 40020827 del 13 de diciembre de 2013.*

*Para DATAPOINT resulta claro que, como se ha expuesto ya desde los descargos presentados en Audiencia, las causas que dieron origen a la imposibilidad de adquirir los elementos que no fueron entregados acorde con lo exigido por el Contrato, corresponden a hechos atribuibles a terceros y frente a los que DATAPOINT no tuvo posibilidad de resistir, pues la situación financiera presentada no le permitía acudir a crédito alguno, ya fuera en el sector financiero o en cualquier otro sector económico.*

*No obstante lo anterior, la entidad asume en la resolución que tal situación no es exculpante, interpretación de la que difiere sustancialmente este contratista, puesto que no se entiende cómo puede obligarse a alguien a lo imposible.*

*La realidad actual de esta compañía, es decir, el proceso de reorganización que lidera el promotor designado por la Superintendencia de Sociedades, las limitaciones que aún tiene respecto de los recursos que la FIDUCIARIA COLPATRIA no ha liberado, permiten concluir con certeza que la imposibilidad de*

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

*auto determinarse en temas financieros, como cualquier otra empresa, no sólo no existe actualmente; durante todo el segundo semestre del año anterior DATAPPOINT estuvo en imposibilidad de operar normalmente, al punto que le resultó imposible en determinado momento acometer con sus gastos ordinarios de operación.*

#### **2.4 DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO DURANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA**

*En virtud de la solicitud realizada por Datapoint de Colombia S.A.S., a la Entidad en entregar una copia de la Resolución 576 del 13 de junio de 2013, se encontraron las siguientes irregularidades, contrarias al Estatuto de la Contratación Estatal y demás normas concordantes que a la postre hagan nugatorio e ilegal el procedimiento adoptado, como a continuación se sustentará:*

1. *La resolución en comento en el numeral 7 del artículo 2 establece las funciones del Área de Defensa Judicial. No obstante, para efectos de la presente audiencia para Datapoint no fue clara la competencia bajo la cual actuó la Gerencia de Defensa Judicial en el presente proceso sancionatorio, el cual se rige por el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.*

*Legislación que a propósito en su literal B) del artículo 86 expresa:*

*"b) En desarrollo de la audiencia, el jefe de la entidad o su delegado, presentará las circunstancias de hecho que motivan la actuación, enunciará las posibles normas o cláusulas posiblemente violadas y las consecuencias que podrían derivarse para el contratista en desarrollo de la actuación. (...)" (Negrita y subrayado fuera de texto).*

*Por consiguiente, acogiéndonos a lo establecido en dicho artículo, atendiendo al principio de inmediación, el funcionario competente para dirigir la audiencia desde su inicio y hacer presencia desde su instalación y no al momento de imponer la sanción, debió haber sido el Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno, quien actúa bajo delegación facultado por el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura para celebrar contratos, y entre varios, el contrato VPRE 288 de 2013 suscrito con Datapoint de Colombia SAS.*

*Sin que lo anterior se encontrase probado con la Resolución N° 591 de 21 de abril de 2014 "Por la cual se delega en el Vicepresidente de Planeación Riesgos y Entorno la adopción de la decisión dentro del procedimiento administrativo de carácter sancionatorio iniciado contra la sociedad Datapoint de Colombia S.A.S., por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de compraventa N° VPRE 288 DE 2013", pues todo lo contrario, ratifica lo esgrimido por Datapoint, confirmando la falta de competencia de la Gerencia de Defensa Judicial para iniciar el proceso sancionatorio contra Datapoint de Colombia S.A.S.*

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

*En tal sentido, la Agencia no garantizó un debido proceso en la actuación debido a que en ninguna instancia de la Audiencia realizada el día 21 de abril de 2014, se advirtió la presencia del Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno con el fin de dirigir la audiencia, quien en todo caso, es la persona competente para tomar una decisión si es procedente la imposición de una sanción en razón a que conoció desde su inicio la ejecución del contrato.*

*Cabe destacar que tampoco se hizo presente el Supervisor del contrato, quien a pesar de que la norma no exige su presencia en la audiencia, y haber rendido los informes de ejecución del contrato sobre lo incumplido por este contratista, es quien también conoce de primera mano la ejecución del contrato, por haber efectuado un seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico sobre el cumplimiento del objeto del contrato.*

2. *Sin perjuicio de lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura está desconociendo la primacía de orden legal que reviste al Estatuto Anticorrupción, la cual se encuentra por encima de resolución o acto administrativo interno proferido por la Agencia, que en cualquier caso, como lo pretende demostrar la Entidad, la Gerencia de Defensa Judicial ha sido facultada para atender los procesos sancionatorios, todo lo contrario a lo ordenado en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011.*

*Cuando el precitado artículo expresa que sea el jefe de la Entidad o su delegado quien dirija y se encuentre presente en el desarrollo de la audiencia.*

*En consecuencia, la Entidad está vulnerando con su actuación el debido proceso por la falta de competencia de la Gerencia de Defensa Judicial para dirigir el procedimiento sancionatorio para la imposición de posibles multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento a los contratistas, contrariando lo dispuesto en la normatividad que regula al respecto:*

***"Artículo 17 de la ley 1150 de 2007. Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales.***

*En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones.*

***Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato. (Negrita y subrayado fuera de texto)"***

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

## CONSIDERACIONES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Para efectos metodológicos la Agencia resolverá el recurso formulado en el mismo orden propuesto por la parte recurrente.

### DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL Y LA NEGATIVA DE LA CESIÓN DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS.

En concreto el cargo hace referencia a que la Agencia Nacional de Infraestructura con la decisión adoptada desconoció la prevalencia del interés general y la subsistencia de la necesidad de la prestación, sobre el término de vigencia del negocio suscrito.

Al respecto advirtió que el incumplimiento del contratista dentro del plazo de ejecución da lugar al fenómeno de la mora, pero ello no obsta para que pueda cumplirse y recibirse la prestación.

En tales condiciones consideró que la Entidad no agotó todas las posibilidades para cumplir con el fin de la contratación y evitar la terminación del contrato, así como tampoco probó la existencia de los riesgos que suponía el pago a un tercero, ni la ocurrencia probable de los mismos, quedando solo como mera opinión subjetiva.

Conforme con lo anterior se tiene que en el parecer de la recurrente la Agencia Nacional de Infraestructura estaba en la obligación de acceder a su solicitud de cesión de los derechos económicos del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013, a favor de NEXYS DE COLOMBIA S.A., con el propósito de atender el objeto del contrato cediendo sobre su plazo de ejecución, así mismo que debía probar las razones en virtud de las cuales no accedió a tal solicitud.

Al respecto es del caso insistir en que la cesión de los efectos económicos del contrato de compraventa N° VPRE 288 de 2013, es una potestad de la Agencia Nacional de Infraestructura, de conformidad con la cláusula DÉCIMA QUINTA del contrato, la cual establece:

**"CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA.- CESIÓN DEL CONTRATO: EL VENDEDOR sólo podrá ceder el presente contrato a terceros, con la autorización previa, expresa y escrita del COMPRADOR, autorización que se podrá otorgar cuando la cesión sea realizada a una persona que tenga iguales o mejores calidades a las exigidas en el Pliego de Condiciones utilizado para la selección del VENDEDOR. En todo caso se requerirá autorización previa, expresa y escrita del COMPRADOR, pudiendo éste reservarse las razones que tenga para negar la autorización".** (Negrilla y subraya fuera de texto)

Con base en lo anterior, resulta claro que era potestativo de la Entidad autorizar la cesión del referido contrato, y en consecuencia, la cesión de los derechos económicos del mismo; bajo este supuesto, y teniendo en cuenta la situación financiera manifestada por el contratista DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S y los posibles riesgos de realizar el pago a un tercero, la Agencia Nacional de Infraestructura, como de manera reiterada le dijo al contratista, no puede aceptar la solicitud de cesión de derechos económicos del contrato N° VPRE 288 de 2013, máxime si se tiene en cuenta que a la fecha ya

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

feneció el término que ésta tenía para dar el debido y cabal cumplimiento de las obligaciones contratadas.

Con relación a la obligatoriedad de la administración de autorizar la cesión de un contrato, el H. Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Magistrado Ponente Doctor César Hoyos Salazar, del 17 mayo de 2001, Radicación número: 1346, sostuvo:

*"La autorización de la cesión del contrato no es obligatoria para la entidad estatal. El inciso primero del artículo 9 de la ley 80 de 1993, dispone que en el evento en que llegare a sobrevenir una inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato "previa autorización escrita de la entidad contratante" o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución."*

*"La autorización constituye un permiso que da la entidad estatal a la sociedad contratista para ceder el contrato y como tal, no es obligatoria para la entidad, puesto que ésta como parte del contrato debe analizar si la cesión es procedente jurídicamente, si le conviene a la entidad misma y si cumple con los fines de la contratación estatal."*

*"De hecho, al prever la norma que si la cesión no fuere posible, el contratista deberá renunciar a la ejecución del contrato, está considerando tácitamente que la autorización no es obligatoria, pues contempla que habrá casos en que la cesión no es factible y necesariamente se deberá negar la autorización."*

*"De otra parte, los contratos estatales son *intuitu personae*, según lo establece el inciso tercero del artículo 41 de la ley 80 de 1993, lo cual, en armonía con lo dispuesto por el inciso segundo del artículo 887 del Código de Comercio, significa que para la cesión del contrato, la entidad debe evaluar las capacidades de la sociedad que se le propone como cesionaria y decidir libremente si la acepta o no, de acuerdo con el principio de la autonomía de la voluntad que le reconocen el inciso primero del artículo 32 y el inciso segundo del artículo 40 de la ley y teniendo en cuenta la protección de los derechos de la entidad, que le asigna, aunque no de manera exclusiva, el numeral 1 del artículo 26 de la misma y los fines de la contratación estatal mencionados en el artículo 3 de ésta."*

Pese a que en esta oportunidad la Sala de Consulta y Servicio Civil conceptuó acerca de la posibilidad de ceder los contratos administrativos en virtud de inhabilidades e incompatibilidades sobrevinientes del contratista, debe tenerse en cuenta que con ocasión de tal pronunciamiento exaltó que la misma es potestativa de la administración.

Así mismo, hizo énfasis en que la administración debe estudiar la procedencia jurídica de la figura, su conveniencia y cumplimiento de los fines de la contratación estatal, además de poner de presente que al tratarse de un negocio jurídico *intuitu personae*, se deben evaluar las capacidades del cesionario y decidir si es aceptable.

En ese orden de ideas, emerge con claridad que era potestativo de la Agencia Nacional de Infraestructura aceptar la cesión del contrato de compraventa VPRE 288 de 2013, sin que para el

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

efecto debiera probar las razones en virtud de las cuales no accedió a tal solicitud, tal como lo sugiere la apoderada de la parte recurrente.

#### **DE LA INDEBIDA INTERPRETACIÓN DE SITUACIÓN DE REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL DE DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S.**

Según la apoderada de la parte recurrente, la Agencia Nacional de Infraestructura pretende exigirle el cumplimiento de un imposible, esto es el cumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013, al desconocer que su representada está incursa en un proceso de reorganización empresarial y tiene limitados sus recursos en atención a la negativa de la Fiduciaria de Occidente de permitirle usar los mismos, todo lo cual le impidió auto determinarse financieramente.

En tales condiciones se advierte que la contratista pretende ahora exculparse de su obligación contractual en atención a causas ajenas a su voluntad las cuales le eran imprevisibles e irresistibles, tales como son los hechos de terceros los cuales consisten en la negativa de la administradora de sus recursos para proyectos contractuales de permitirle el uso de los mismo y el estar incursa en un proceso de reorganización empresarial.

Pues bien, revisados los argumentos planteados en los descargos, se tiene que el identificado con el número 3 se denominaba igual que el cargo de revocatoria de la Resolución No. 592 de 2014 identificado con el número 2.3, *"de la indebida interpretación del proceso de reorganización empresarial"*, sin embargo, los argumentos de uno y otro difieren, en cuanto en aquel se pone de presente el eximiente de responsabilidad denominado fuerza mayor, mientras que en este, se alega hecho de un tercero.

Conforme con lo anterior, se tiene que no existe identidad entre el descargo rendido por el contratista respecto del presunto incumplimiento contractual que se le imputó y el argumento en razón del que la Resolución No. 592 de 2014 debe ser revocada.

Lo anterior implica, que el argumento según el cual el incumplimiento contractual obedeció al hecho de un tercero sea extemporáneo, pues no fue formulado con los descargos tal como lo establece el literal b) del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, donde claramente se faculta al contratista a rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad; en consecuencia, su formulación fuera de término supone que no se haya aportado o practicado prueba alguna tendiente a demostrar su configuración; además, resulta improcedente, en la medida que no guarda congruencia con lo resuelto en la Resolución No. 592 de 2014 respecto del eximiente de responsabilidad por fuerza mayor.

Entonces, en principio se trata de un hecho nuevo de defensa que se invoca solamente en el recurso de reposición y que no fue objeto de contradicción para todas las partes en desarrollo del trámite sancionatorio y que va en contravía de las etapas y procedimientos previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

No obstante lo anterior, en aras a garantizar el principio constitucional de la supremacía del derecho sustancial sobre el formal, se estudiará la configuración del eximiente de responsabilidad denominado hecho de un tercero.

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

Al respecto, se advierte que no le asiste razón al contratista, por lo que no hay lugar a revocar la Resolución No. 592 de 2014, en la medida en que los presupuestos de imprevisibilidad e irresistibilidad que se predicen del eximiente de responsabilidad denominado hecho de un tercero, en virtud del cual se rompe el nexo de causalidad entre la no ejecución del contrato y el daño derivado del mismo, no se presenta en el caso bajo examen.

Lo anterior, por cuanto el hecho de un tercero implica: i) la intervención exclusiva de un agente jurídicamente ajeno al contratista en la producción del incumplimiento, ii) dicha circunstancia debe ser imprevisible e irresistible, tal como se requieren para la fuerza mayor y el caso fortuito, y iii) la intervención del tercero debe ser esencial para la producción del perjuicio.

Las anteriores condiciones no concurren en el presente caso, si se tiene en cuenta que la Fiduciaria Colpatria no puede catalogarse como un tercero, en la medida que entre ella y DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., debía mediar un negocio jurídico en virtud del cual aquella le administraba su patrimonio o una parte de él, es decir, uno de los elementos esenciales de su personería jurídica, luego no puede válidamente alegar que se trata de un tercero que le es ajeno y que en virtud de su actuar se produjo el incumplimiento.

Así mismo, el hecho que la Fiduciaria no le permitiera usar dichos recursos está relacionado con las razones en virtud de la cuales la misma sociedad contratista acude ante la Superintendencia de Sociedades a solicitar el inicio del proceso de reorganización, el día 31 de octubre de 2013. Así las cosas es evidente que la sociedad contratista con anterioridad al vencimiento del plazo de ejecución del contrato, es decir, el 27 de diciembre de 2013, conocía de su situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, por lo que precisamente no tiene la entidad de catalogarse como un presupuesto de irresistibilidad e imprevisibilidad para poder así fundamentar un eximiente de responsabilidad.

Ahora bien, en relación con el hecho de que una sociedad se encuentre incursa en un proceso de reorganización empresarial, no implica de manera alguna que *per se* la administración pueda declarar incumplido al contratista por esa exclusiva situación, pues siempre que éste incurra en incumplimientos graves de sus obligaciones, la entidad no tiene porqué omitir sus facultades de sanción por incumplimiento, terminación del contrato e incluso declaratoria de caducidad del negocio jurídico.

Al respecto la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-620 de 9 de agosto de 2012, Magistrado Ponente Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, lo siguiente:

*"(...) En segundo lugar, las empresas que se encuentran en proceso de reorganización no ponen en peligro el interés general ni el cumplimiento de sus contratos, pues son sociedades viables económicamente que simplemente se encuentran en una situación de incumplimiento de algunos de sus pasivos.*

*Una sociedad que se encuentra en un proceso de reorganización no está en quiebra y por ello el Estado le permite seguir desarrollando sus actividades económicas, situación que no solamente se presenta en Colombia sino en otras legislaciones como la española, la alemana, la inglesa, la mexicana, la argentina y*

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

*la peruana, pues la continuidad de los contratos y de la actividad económica del deudor es un principio del derecho concursal.*

(...)

***De esta manera, para la protección de la empresa que se encuentra en una situación especial se establece que el sólo hecho del inicio del proceso de reorganización no puede ocasionar la terminación de los contratos privados o administrativos que haya suscrito el deudor.***

*Sin embargo, esta norma no impide la terminación de los contratos del deudor, por una razón distinta al hecho del inicio del proceso de reorganización, tal como sucedería con el incumplimiento grave de las obligaciones consagradas en los mismos, pues el inciso segundo de la disposición señala:*

*"Los incumplimientos de obligaciones contractuales causadas con posterioridad al inicio del proceso de reorganización, o las distintas al incumplimiento de obligaciones objeto de dicho trámite, podrán alegarse para exigir su terminación, independientemente de cuando hayan ocurrido dichas causales".*

*Lo anterior implica que el incumplimiento de las obligaciones de la empresa una vez se haya iniciado el proceso de reorganización sí puede producir la terminación del contrato en los siguientes eventos:*

(i) *Cuando según lo dispuesto en el inciso primero del artículo 21 de la ley 1116 de 2006, el proceso de declaratoria de la caducidad haya sido iniciado con anterioridad al inicio del proceso de reorganización, tal como autoriza la propia expresión demandada, lo cual evitara el evento hipotético de fraude señalado por el accionante en el que un contratista que se entere de que en su contra se inició un proceso para la declaratoria de la caducidad inicie un proceso de reorganización para evitar que se termine el contrato.*

(ii) *Cuando de acuerdo a lo señalado en el inciso tercero del artículo 21 de la ley 1116 de 2006, después de la iniciación del proceso de reorganización se haya generado un incumplimiento grave de las obligaciones del contratista.*

*De esta forma, tal como han señalado las Superintendencias de Sociedades y de Industria y Comercio, las entidades públicas sí pueden declarar la caducidad respecto de un contratista que se encuentre en un proceso de reorganización pero no por esa sola causa, sino que además es necesario que se haya presentado un incumplimiento grave de las obligaciones del contrato. (...)"*  
(negrillas del texto original).

Conforme con lo anterior, es claro que el hecho que un contratista se encuentre incursa en un proceso de reorganización empresarial no implica una circunstancia de irresistibilidad tal que pueda ésta excusarse en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, pues conforme con la providencia

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

precitada: "son sociedades viables económicamente que simplemente se encuentran en una situación de incumplimiento de algunos de sus pasivos".

Así las cosas, no encuentra la Agencia motivo alguno para reponer la Resolución No. 592 de 2014, pues como quedó ampliamente explicado no se configuró el eximente de responsabilidad contractual formulado por la apoderada judicial del contratista.

#### **DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO DURANTE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA.**

La apoderada de la sociedad DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S. manifestó que existe una falta de competencia del Gerente de Defensa Judicial de la Agencia para adelantar el trámite del procedimiento sancionatorio, pues considera que quien debe dirigir este trámite es quien cuenta con la facultad legal para imponer la sanción y declarar el incumplimiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y en la resolución No. 576 de 13 de junio de 2013; máxime si se tiene en cuenta que en ninguna instancia de la audiencia realizada el 21 de abril de 2014, se advirtió la presencia del Vicepresidente de Planeación, Riesgo y Entorno, así como tampoco se reparó en la ausencia del supervisor del contrato.

Para absolver la anterior impugnación, es necesario recordar que el Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, cambió la naturaleza jurídica del INCO a la Agencia Nacional de Infraestructura – ANI, como una Agencia Nacional Estatal de naturaleza especial, del sector descentralizado, adscrita al Ministerio de Transporte con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa y financiera.

En el mismo Decreto, el Artículo 11º estipuló, entre otras funciones del Presidente de la ANI, la de imponer multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas.

Por otra parte, se tiene que el Artículo 211 de la Constitución Política establece que la ley determinará las funciones que el Presidente de la República podrá delegar en los ministros, directores de departamentos, representantes de entidades descentralizadas, superintendentes, gobernadores, alcaldes y agencias del Estado que la misma ley determine, e igualmente fijará las condiciones para que las autoridades administrativas puedan delegar en sus subalternos o en otras autoridades.

En igual sentido, el Artículo 9º de la Ley 489 de 1998, por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, determina que las Autoridades Administrativas pueden mediante acto administrativo de delegación, transferir el ejercicio de funciones a sus colaboradores o a otras autoridades.

De conformidad con la Resolución 508 del 9 de marzo de 2012, expedida por el Departamento Administrativo de la Función Pública, los empleos se agrupan en los siguientes niveles jerárquicos: Nivel Directivo, Nivel Asesor, Nivel Profesional y Nivel Técnico; de igual manera que la denominación de Gerente de Proyectos o Funcional hace parte del Nivel Asesor.

Mediante Resolución No. 215 del 26 de abril de 2012, de esta Agencia se crearon unos grupos internos de trabajo en la ANI, determinándose sus funciones y las de sus coordinadores.

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

Mediante Resolución No. 475 del 24 de agosto de 2012, se derogaron las Resoluciones Nos. 182 del 212 de abril y 397 del 25 de julio de 2012, y se adoptó el Manual Específico de Funciones y Competencias Laborales para los empleados de la Planta de Personal de la Agencia.

Mediante Resolución 576 del 13 de junio de 2013, se derogó la Resolución 475 del 24 de agosto de 2012, la cual a vez fue modificada por la Resolución 492 del 10 de septiembre de 2012, por la que se adicionó y modificó el Manual de Funciones y Competencias Laborales de los empleos de la Planta de Personal de la Agencia Nacional de Infraestructura.

Mediante Resolución No. 493 del 10 de septiembre de 2012, se crean nuevamente unos Grupos Interno de Trabajo en las diferentes dependencias de la estructura orgánica de la Agencia Nacional de Infraestructura, se determinan sus funciones y las de sus Coordinadores y se adoptan otras determinaciones sobre la materia, que en su Artículo décimo fija específicamente la competencia de adelantar los procedimientos administrativos sancionatorios en cabeza del Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial:

***"ARTÍCULO DÉCIMO: Funciones del Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial.*** Además de la asesoría, coordinación y seguimiento de las funciones asignadas al Grupo del Trabajo en el Artículo Noveno de la presente Resolución, al Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial le corresponderá ejercer las siguientes funciones:

*(...)*

*7. Iniciar, tramitar y finalizar, con el apoyo técnico y financiero del área correspondiente, los procesos administrativos sancionatorios, incluidos aquellos para el ejercicio de las potestades excepcionales con el fin de elaborar los actos administrativos definitivos correspondientes a dicha función, para la decisión del Presidente de la Agencia."*

La anterior delegación también se encuentra contenida en la Resolución No. 449 del 15 de agosto de 2012.

Con base en la normatividad y actos administrativos referidos, el Gerente de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura tiene competencia para adelantar el impulso de los procesos para la imposición de sanciones, multas y declaratorias de incumplimiento.

Así las cosas, y conforme lo previsto en las normas anteriormente citadas, corresponde al Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura adoptar la decisión sobre la imposición de multas y demás sanciones establecidas en los contratos y en la Ley, en caso de incumplimiento de las obligaciones pactadas, tal cual como se ha desarrollado el presente asunto administrativo sancionatorio, motivo este por el que, además, dicha facultad es susceptible de ser delegada en cabeza de los funcionarios de la Agencia Nacional de Infraestructura, como en efecto sucedió con la Resolución 591 de 21 de abril de 2014, mediante la cual el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura en uso de sus facultades legales delegó *"en el Vicepresidente de Planeación Riesgo y Entorno la adopción de la decisión dentro del procedimiento administrativo de carácter sancionatorio iniciado contra la Sociedad DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., por el presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en el Contrato de Compraventa No. VPRE 288 de 2013"*

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

En ese sentido, carece de todo fundamento legal la alegación formulada por parte de la apoderada judicial de la sociedad contratista, pues como se ha explicado, el Doctor Óscar Ibañez Parra en calidad de Gerente de Defensa Judicial de la Agencia Nacional de Infraestructura tiene la facultad expresa de iniciar, tramitar y finalizar, entre otros procesos administrativos, los de naturaleza sancionatoria: *"para la decisión del Presidente de la Agencia"* (subrayado fuera del texto original).

Adicionalmente, la recurrente fundamenta su cargo de reposición en la supuesta infracción a los artículos 86 de la Ley 1474 de 2011 y 17 de la Ley 1150 de 2007, aspecto sobre el cual es preciso hacer las siguientes manifestaciones:

- En cuanto se refiere al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la recurrente argumenta que el legislador previó que el procedimiento de imposición de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento allí previsto debía ser adelantado por el *"Jefe de la entidad o su delegado"*, y que precisamente tal situación no había sido clara pues *"el funcionario competente para dirigir la audiencia desde su inicio y hacer presencia desde su instalación y no al momento de imponer la sanción, debió haber sido el Vicepresidente de Planeación, Riesgos y Entorno, quien actúa bajo delegación facultado por el Presidente de la Agencia Nacional de Infraestructura"*.
- Al respecto, es preciso insistir, una vez más, que precisamente el hecho de iniciar, tramitar y finalizar la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, como procedimiento administrativo sancionatorio, es adelantada por parte del Doctor Óscar Ibañez Parra en su condición de Gerente de Defensa Judicial, esto es, en ejercicio de las facultades otorgadas mediante la Resolución 493 del 10 de septiembre de 2012 al Coordinador del Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial, motivo este por el cual, salta a la luz la ausencia de violación del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 que pretende la recurrente, pues sin que se encuentre acreditada la falta de competencia, no procede la supuesta violación al debido proceso que en ésta última normatividad se predica.

Por último, es necesario llamar la atención en lo expresamente señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, pues, contrario a lo argumentado por la apoderada de la contratista, en modo alguno allí se establece como obligatoria la presencia física del supervisor del contrato en el desarrollo de la audiencia de imposición de multas, sanciones y declaraciones de incumplimiento, luego no puede ésta alegar que dada la ausencia del supervisor del contrato el procedimiento administrativo sancionatorio pueda estar viciado de nulidad.

En consecuencia, la oposición formulada por parte de la apoderada de la sociedad contratista no está llamada a prosperar.

En virtud de lo anteriormente expuesto se,

#### **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO.- CONFIRMAR** la Resolución No. 592 del veintidós (22) de abril de dos mil catorce (2014), *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hace efectiva la cláusula*

*"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la Resolución No. 592 de 22 de abril de 2014, mediante la cual se declaró el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hizo efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*

*penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento", de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo.*

**ARTÍCULO SEGUNDO.-** De conformidad con lo previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente resolución se notifica en estrados.

**ARTÍCULO TERCERO.-** De conformidad con lo previsto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución no procede recurso.

**ARTÍCULO CUARTO.-** En firme la presente providencia, DÉSE cumplimiento a la parte resolutiva de la Resolución No. 592 del veintidós (22) de abril de dos mil catorce (2014), *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento del contrato de compraventa No. VPRE 288 de 2013 suscrito con DATAPOINT DE COLOMBIA S.A.S., y se hace efectiva la cláusula penal pecuniaria mediante el cobro de la garantía única de cumplimiento"*.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dado en Bogotá. D. C., del veinticinco (25) de abril de dos mil catorce (2014)

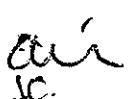
25 ABR 2014

  
**CAMILO MENDOZA ROZO**  
VICEPRESIDENTE DE PLANEACIÓN, RIESGO Y ENTORNO  
AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

Revisó: Oscar Ibáñez Parra

– Gerente de Defensa Judicial 

Elaboró: Andrea Vera Pabón  
Leonardo Castañeda Celis

– Abogada Experta G3-08 Gerencia Defensa Judicial   
– Abogado Experto G3-07 Gerencia Defensa Judicial JC.