



MINISTERIO DE TRANSPORTE

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. 20207070005975



Fecha: 18-05-2020

**“POR MEDIO DE LA CUAL SE RESUELVE EL RECURSO DE REPOSICIÓN
INTERPUESTO POR LA SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. EN
CONTRA DE LA RESOLUCIÓN NO. 1290 DEL 29 DE AGOSTO DE 2019”**

**LA COORDINADORA DEL GIT SANCIONATORIOS DE LA AGENCIA NACIONAL DE
INFRAESTRUCTURA**

En ejercicio de las facultades conferidas mediante las Resoluciones No. (s) 273 del 13 de febrero de 2018, 2042 de 7 de noviembre de 2018 y 1069 de 15 de julio de 2019 de la Agencia Nacional de Infraestructura, y aplicando el procedimiento administrativo sancionatorio contractual establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011, procede a resolver el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019,

I. CONSIDERANDO

Que el 29 de agosto de 2019, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio contractual que se adelantó contra la Sociedad Portuaria Puerto Hondo y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales contenidas en la Cláusula Quinta, numerales 5.1.1, 5.1.8 y 5.1.9 de la Parte General y Cláusula Quinta, numeral 5.4 de la Parte Especial del Contrato de Concesión Portuaria N° 004 de 2011, PLAN MAESTRO DE INVERSION, fue proferida y notificada la Resolución No. 1290 de esa misma fecha *“Por medio de la cual se adopta una decisión de fondo dentro del proceso administrativo sancionatorio iniciado con ocasión del presunto incumplimiento de obligaciones contractuales contenidas en la Cláusula Quinta, numerales 5.1.1., 5.1.8. y 5.1.9 de la Parte General y Quinta numeral 5.4 de la parte especial del contrato de concesión portuaria N° 004 de 2011, PLAN MAESTRO DE INVERSION”*, de conformidad con lo normado en el literal (c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

Que en la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019, se resolvió lo siguiente:

“ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR EL INCUMPLIMIENTO de la Sociedad Portuaria Puerto Hondo por la no realización de las obras previstas en el PLAN MAESTRO DE INVERSION, de conformidad con lo dispuesto en la Cláusula Quinta, numerales 5.1.1, 5.1.8 y 5.1.9 de la Parte General y Cláusula Quinta, numeral 5.4 de la parte especial del contrato de Concesión Portuaria N° 004 de 2011, PLAN MAESTRO DE INVERSION, de acuerdo con las razones indicadas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA a la **SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A.**, identificada con NIT 900.243.279-5, prevista en el numeral 13.1.4 de la Cláusula Décima Tercera “MULTAS Y SANCIONES” del Contrato de Concesión N° 004 de 2011, por un valor de **SEIS MIL NOVECIENTOS DIECINUEVE DÓLARES CON NOVENTA Y TRES CENTAVOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD6.919,93)** de los Estados Unidos

de América, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO. - ARCHIVAR la presente actuación administrativa sancionatoria contractual, iniciada contra SEGUROS GENERALES SURAMERICANA, identificada con NIT 890.903.407-9. Póliza N° 20550 expedida por Royal & Sun Alliance Seguros absorbida por Seguros Generales Suramericana desde el 1 de agosto de 2016, protocolizada mediante escritura Pública N° 835 de la Notaría 14 de Medellín, en su calidad de aseguradora por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente Resolución.

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

ARTÍCULO SEPTIMO. - Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, contra esta Resolución sólo procede el recurso de reposición, el cual deberá ser interpuesto y sustentado en audiencia.”

Que el Concesionario impugnó la Resolución referida en aquella fecha y la sustentación del recurso de reposición se efectuó en sesión del 12 de septiembre de 2019¹.

Es preciso señalar que la sociedad portuaria presentó, junto con la sustentación del recurso de reposición, las siguientes documentales que fueron incorporadas a la actuación, en la misma sesión en que se sustentó el recurso:

1. Cuenta Luis Eduardo Portilla
2. Cuenta Santiago Castillo
3. Cuenta Santiago Castillo - 2
4. Cuenta Santiago Castillo - 3
5. Cuenta Santiago Castillo - 4
6. Factura de Interventoría
7. Facturas agosto 2018
8. Facturas agosto 2018 - 2
9. Facturas diciembre 2018
10. Facturas noviembre 2018
11. Facturas noviembre 2018 - 2

1 Folio 290 y siguientes del expediente sancionatorio

12. Facturas octubre 2018
13. Facturas septiembre 2018
14. Informe de Interventoría. Parte dos
15. Informe de Interventoría. Parte tres
16. Informe de Interventoría. Parte uno
17. Listado facturas plan de inversión
18. 2010 avalúo INVÍAS parte dos estados del puerto
19. 2010 avalúo INVÍAS parte tres económico
20. 2010 avalúo INVÍAS parte uno Generalidades
21. Acta de entrega del puerto
22. Avalúo INVÍAS
23. Contrato de obra a todo costo. Firmado
24. Contrato firmado interventoría DUMER
25. Cuenta DUMER VARGAS

De igual suerte, en la misma audiencia el Despacho consideró pertinente solicitar a la Supervisión del proyecto, que informara al Despacho el estado actual del presunto incumplimiento que refiere el presente procedimiento administrativo sancionatorio, por lo cual decretó de oficio esa prueba.

Fue así como la Supervisión del proyecto, mediante radicado 2019-303-014184-3 del 25 de septiembre de 2019, allegó la información solicitada y la misma fue puesta a consideración de las partes el 2 de noviembre de 2019².

Dentro del término de traslado de la prueba referida, la apoderada del Concesionario se pronunció solicitando que el referido informe no fuera considerado por cuanto no se analizaron la totalidad de las pruebas, y las pruebas dejadas de analizar son las que soportan el no cumplimiento de la cláusula 5.4 de la parte especial del Contrato de concesión, a raíz de las modernizaciones, reparaciones y adecuaciones a las instalaciones portuarias realizadas por el Concesionario, diferentes a las previstas en el Plan de Inversiones pactado contractualmente. En concreto refiere que se requirió una comparación entre la información contenida en el avalúo del INVÍAS y las actuales instalaciones y equipos diferentes a las obras del Plan de Inversiones.

De igual suerte mencionó que el informe de Supervisión no tuvo en cuenta el documento con radicado 2018-409-080674-2 del 9 de agosto de 2018 en el que se informaba sobre la ingeniería y diseño del muelle, en cumplimiento del Plan de Inversiones.

Por último afirmó que el informe de Supervisión no tuvo en cuenta el listado de facturas y soportes contables y, además, no se definió en el mismo si realmente las obras se encuentran ejecutadas o si las mismas son imputables financieramente.

Así decantado el debate probatorio en trámite del recurso interpuesto, en cumplimiento de las funciones atribuidas por la Resolución No. 0273 de 2018 de la

2 Folio 309 del Expediente sancionatorio

Agencia Nacional de Infraestructura, es competencia de esta Coordinación resolver el recurso interpuesto contra la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019.

II. DEL RECURSO DE REPOSICIÓN

En el momento procesal correspondiente, la apoderada del Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO HONDO S.A. presentó y sustentó su recurso de reposición en contra de la Resolución 1290 del 29 de agosto de 2019, a partir de los siguientes argumentos:

2.1. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

Los argumentos que sustentaron el recurso de reposición estuvieron encaminados, en primer término, a referir que el Plan de Inversión cuenta con un plazo definido, que para el primer año correspondía al 6 de octubre de 2012, luego el plazo de la caducidad de la facultad sancionatoria prevista en el artículo 52 de la Ley 1474 de 2011, que es de 3 años, se cumplió el 7 de octubre de 2015.

Refirió que no comparte la posición de la ANI encaminada a decir que el Concesionario cuenta con el plazo de la concesión para ejecutar el plan de obras pues va en contravía de lo dispuesto contractualmente, considera que la potestad sancionatoria está sometida a la caducidad, que garantiza que los particulares no estén sometidos, de manera indefinida, a la puesta en marcha de los instrumentos sancionatorios.

Es por ello por lo que acudió a esta disposición legal para referir que se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria, pues fue previsto un término perentorio de tres (3) años en el que las Entidades Públicas deben investigar, decidir y notificar la decisión en debida forma.

2.2. EL INCUMPLIMIENTO AL PLAN DE INVERSIONES NO FUE TOTAL

El Concesionario solicitó, igualmente, que se desestimaran los cargos relacionados con el incumplimiento total del Plan de Inversiones, para ello argumentó que el informe de Supervisión 2019-303-006930-3 del 9 de mayo de 2019 corroboró la existencia de obras pero que las mismas no podrían ser imputadas al Plan de Inversiones desde el punto de vista financiero. Es así como alegó que debe hacerse una verificación real de las obras existentes sin que se tenga en cuenta los soportes financieros de las mismas.

Mencionó que el incumplimiento que nos ocupa no está relacionado con la entrega de información o la falta de documentos contables sino puntualmente sobre la falta de ejecución del Plan de Inversiones respecto de unos ítems claramente definidos.

Señaló que era necesario realizar una verificación de las obras efectivamente adelantadas por el Concesionario, a fin de traer al fallador mayor claridad y entendimiento, y por ello adjuntó un cuadro en el que se relacionan las obras realizadas:

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “
“Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”

OBJETO: MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN MUELLE PESQUERO						
CANTIDADES ACTUALIZADAS						
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	ITEM A SER IMPUTADO AL PLAN DE INVERSIONES
MUELLE PESQUERO						
1	PRELIMINARES					
1.1	Localizacion y replanteo	M2	2270.17	\$ 2,730	\$ 6,197,564	Reparación placa superior del muelle en concreto
1.2	Desmoliciones varias, incluye desalojo	M2	180.00	\$ 77,354	\$ 13,923,720	Reparación placa superior del muelle en concreto
1.3	Excavaciones a mano entibadas en bajamar	M3	740.68	\$ 73,611	\$ 54,522,195	Reparación placa superior del muelle en concreto
1.4	Relleno compactado con material seleccionado	M3	273.00	\$ 115,863	\$ 31,630,599	Reparación placa superior del muelle en concreto
	SUBTOTAL				\$ 106,274,079	
2	CIMENTACIONES					
2.1	Geotextil Tipo T-2400	M2	720.00	\$ 10,919	\$ 7,861,680	Reparación placa superior del muelle en concreto
2.2	Geocolchón (Material granular + Geomalla)	M3	0.00	\$ 665,388	\$ 0	Reparación placa superior del muelle en concreto
	SUBTOTAL				\$ 7,861,680	
3	PAVIMENTO RIGIDO					
3.1	Losas o Placas en Concreto e:0.12m. (ANDÉN)	M2	20.68	\$ 203,502	\$ 4,208,421	Reparación placa superior del muelle en concreto
	SUBTOTAL				\$ 4,208,421	
4	ASEO Y LIMPIEZA					
4.1	Aseo general	GLB	1.00	\$ 376,766	\$ 376,766	Reparación placa superior del muelle en concreto
	SUBTOTAL				\$ 376,766	
5	BITAS + IMPREVISTOS					
5.1	Reparación, mantenimiento y construcción de bitas	UND	10.00	\$ 1,200,000	\$ 12,000,000	Reparación bitas de amarre
5.2	Relleno con material granular gueso (Piedra bolo)	M3	180.00	\$ 115,863	\$ 20,855,340	Reparación placa superior del muelle en concreto
5.3	Gaviones (Material granular +Malla trenzada)	M3	270.00	\$ 299,084	\$ 80,752,701	Reparación placa superior del muelle en concreto
5.4	Cuneta en Concreto	ML	30.00	\$ 390,787	\$ 11,723,604	Imprevisto
5.5	Sardimel 0.2 x 0.25 C.R. 21mPA.	ML	64.50	\$ 130,067	\$ 8,389,352	Imprevisto
5.6	Losas o Placas en Concreto e:0.15m.	M2	133.02	\$ 269,201	\$ 35,809,153	Reparación placa superior del muelle en concreto
5.7	Muro concreto losa o placa de concreto	ML	30.00	\$ 465,287	\$ 13,958,603	Reparación placa superior del muelle en concreto
5.8	Filtro en piedra	M3	12.00	\$ 211,150	\$ 2,533,797	Imprevisto
5.9	Pintura general muelle	M2	75.00	\$ 32,423	\$ 2,431,760	Mantenimiento
5.10	Limpieza y recaba de canal	MI	100.00	\$ 16,950	\$ 1,694,988	Imprevisto
5.11	Mejoramiento de losas	M2	26.01	\$ 198,985	\$ 5,175,634	Reparación placa superior del muelle en concreto
	SUBTOTAL				\$ 195,324,934	
	COSTO DIRECTO				\$ 314,045,880	
	ADMINISTRACIÓN	20%			\$ 62,809,176	
	IMPREVISTOS	1%			\$ 3,140,459	
	UTILIDADES	0%			\$ 0	
	COSTO INDIRECTO				\$ 65,949,635	
	COSTO OBRA				\$ 379,995,515	
	INTERVENTORIA TÉCNICA	7%			\$ 26,599,686	
	TOTAL				\$ 406,595,201	

Por lo expuesto concluyó que el Plan de Inversiones no se encuentra incumplido en su totalidad como fue propuesto por la ANI en la resolución recurrida, pues se han adelantado varias obras en las instalaciones portuarias.

2.3. NO INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA 5.4 DE LA PARTE ESPECIAL

Respecto de la cláusula 5.4 de la parte especial alegó que se encuentra cumplida pues el Concesionario ha adelantado la modernización, reparaciones y adecuaciones de las instalaciones portuarias diferentes a las previstas en el Plan de Inversión contractualmente pactado.

Añadió que existe un avalúo realizado por el INVIAS para hacer entrega del puerto en Concesión el cual fue allegado mediante radicado 2010-409-013494-2 del 16 de junio de 2010, utilizado para la elaboración del modelo financiero.

Las obras a que hace alusión el Concesionario fueron reportadas a la ANI mediante radicado 2013-409-045005-2 del 07 de noviembre de 2013 y ascienden a la suma de \$ 1.445.900.784,73 pesos. En apoyo de lo anterior, aseguró que es necesario adelantar una comparación entre la información del avalúo inicial y las obras que actualmente se encuentran en las instalaciones del puerto, lo que permitiría

demostrar el cumplimiento de la cláusula 5.4 de la parte especial del contrato de concesión.

2.4. ACUMULACIÓN DE ESTA ACTUACIÓN CON LA ACTUACIÓN QUE SE SIGUE POR LA PRESUNTA NO OPERACIÓN DEL PUERTO

Manifestó la necesidad de realizar la acumulación de actuaciones administrativas referidas a la no operación del puerto y la que nos ocupa en atención a que se refieren a la misma cláusula contractual, es decir la 5.4 de la parte especial del contrato de concesión.

Afirmó que de no atenderse a esta solicitud se estaría causando un agravio injustificado al contratista más aun cuando los trámites se encuentran en el mismo hito procesal, y tras analizar uno a uno los requisitos de la acumulación de actuaciones administrativas, concluye la procedencia de la solicitud.

2.5. ERROR EN EL CÁLCULO DE LA MULTA POR NO ACEPTACIÓN DEL CONCESIONARIO DE UN NUEVO VALOR DEL CONTRATO

Sobre el valor del contrato como base para la estimación de la multa sostuvo que la cláusula octava del contrato fijó el valor del mismo en la suma de USD\$675.402, que si bien para el momento de la suscripción del contrato correspondía al valor de la contraprestación, el valor de esta última varió con el CONPES, y aunque el Concesionario aceptó la modificación del valor de la contraprestación, no existe prueba de que el Concesionario hubiese aceptado también el cambio del valor del contrato. Este cambio del valor del contrato es una interpretación que se encuentra haciendo la administración de manera unilateral y abusiva de su poder, sin prueba o constancia alguna de su aceptación.

1

Refirió que para el cálculo de la multa la ANI citó se apoyó de manera incompleta en la cláusula 4 de las condiciones generales del contrato, por cuanto a la firma del contrato la contraprestación portuaria tenía dos componentes, por utilizar la zona de uso público, y por utilizar la infraestructura, los que corresponden al valor total de la contraprestación, pero según el nuevo CONPES, la nueva contraprestación portuaria tiene como componente del cálculo un componente fijo/componente variable, y el uso de la zona de uso público y de la infraestructura ya no son factores determinantes de la contraprestación, luego se equivocó la ANI al fundamentar la multa en la sumatoria de las anualidades de las contraprestaciones portuarias, componente fijo/componente variable, sin tener en cuenta que el contrato previó los componentes de uso de zona de uso público más uso de infraestructura.

Alegó que el valor del contrato no se equipara a la suma de las contraprestaciones portuarias, y que equipararlo tendría los siguientes problemas:

*Desconoce el contrato por cuanto el mismo establece que las anualidades de la contraprestación, para ser tomadas como valor del contrato, deben estar conformadas por el uso de la zona de uso público más el uso de la infraestructura.

*Hace una interpretación extensa, unilateral y abusiva, a partir de la aceptación del cambio en la contraprestación portuaria por el Concesionario, al suponer que eso incluye aceptar el cambio del valor del contrato, cambio que no se aceptó por el concesionario de manera expresa.

Considera que la ANI está haciendo una interpretación de manera unilateral lo que constituye un abuso de poder, y esa interpretación sólo debe hacerse bajo los criterios y en los eventos dispuestos en la Sentencia C-1514 de 2000, que no se dan en el presente caso.

2.6. ERROR EN EL CÁLCULO DE LA MULTA POR SER UN INCUMPLIMIENTO MUY BAJO

Respecto de la graduación de la multa mencionó que la cláusula 13.1 de las condiciones específicas del contrato dispuso que la misma se graduaría con base en los siguientes criterios:

- a. La reiteración en el incumplimiento (primera vez o reincidencia)
- b. El impacto del incumplimiento sobre el funcionamiento del proyecto portuario.

En relación con la reiteración del incumplimiento, el expediente evidencia que corresponde al primer incumplimiento, es por ello por lo que solicitó que la graduación de la multa fuera por incumplimiento muy bajo por cuanto no existe incumplimiento previo y no existe causalidad del incumplimiento con el funcionamiento del proyecto.

III. CONSIDERACIONES SOBRE EL RECURSO INTERPUESTO Y ELEVADO EN EL TRÁMITE

3.1. DE LA CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA

El primer tema abordado en el recurso de reposición se relacionó con la pretendida caducidad de la facultad sancionatoria, argumento igualmente planteado en descargos, y que fue analizado en la Resolución recurrida, en la cual, sobre el particular se señaló:

“(…) el Despacho procederá al análisis de las disposiciones legales a las que acudieron el concesionario coadyuvado por su garante para sustentar tal posición; nos referiremos entonces a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011:

*“ARTÍCULO 52. CADUCIDAD DE LA FACULTAD SANCIONATORIA. **Salvo lo dispuesto en leyes especiales**, la facultad que tienen las autoridades para imponer sanciones, caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiere ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado. Dicho acto sancionatorio es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición. Si los recursos no se deciden en el término fijado en esta disposición, se entenderán fallados a favor del recurrente, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial y disciplinaria que tal abstención genere para el funcionario encargado de resolver.*

Cuando se trate de un hecho o conducta continuada, este término se contará desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

La sanción decretada por acto administrativo prescribirá al cabo de cinco (5) años contados a partir de la fecha de la ejecutoria.” (Subrayado fuera de texto)

Encuentra el Despacho que efectivamente existe legalmente un plazo al que deben atender las Entidades públicas en el ejercicio de su facultad sancionatoria. Sin embargo, debe estimarse de manera especial la naturaleza de la obligación que se pretende sancionar, ya que si se trata de una conducta de ejecución instantánea, el cómputo de la caducidad inicia a partir del momento en que se cometió la conducta, pero si se trata de conductas continuadas, el cómputo de la caducidad solo iniciará a contar, tan pronto cese la conducta.

En este sentido el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B, M.P. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia del 1° de diciembre de 2005, precisó que el plazo que tienen las autoridades para imponer sanciones se cuenta desde cuando haya cesado el deber de actuar, si se trata de conductas omisivas:

“Sobre el modo de contabilizar el plazo que tienen las autoridades para imponer sanciones sí existe en el ordenamiento colombiano reglas que indican el método para contar esos plazos. Por ejemplo, el artículo 208 del EOSF señala que la Superintendencia Bancaria tiene tres años para imponer sanciones y distingue las conductas de ejecución instantáneas, las de ejecución permanente y las conductas omisivas. **Ese plazo se cuenta** a partir de la realización del último acto si se trata de conductas de ejecución permanente. Y **desde cuando haya cesado el deber de actuar si se trata de conductas omisivas**” (Subrayado fuera de texto).

Lo dicho por esa Corporación se traduce en que mientras una obligación deba ser cumplida, aún si se vence el plazo fijado para ello, se entiende que no ha cesado el incumplimiento hasta tanto persista la omisión de la conducta y, en consecuencia, el plazo previsto en el artículo 52 del CPACA para el cómputo de la caducidad, no ha iniciado.

En el presente caso, en el cual la obligación de ejecutar las obras del plan de inversiones es una obligación que debe cumplirse por el Concesionario para poder culminar el proyecto portuario, es claro que nos encontramos ante una obligación que si bien tiene un plazo previsto para su ejecución, en el evento en que el Concesionario lo incumpla, continuará obligado a cumplir esa obligación, y su incumplimiento no cesará hasta tanto cumpla la obligación.

Bajo ese entendido, el Despacho recuerda que las obligaciones que pretende hacer exigible la ANI con la presente actuación administrativa impactan directamente el adecuado funcionamiento del puerto pesquero, sin que a la fecha el Concesionario haya logrado demostrar que se adelantaron, en su totalidad, las inversiones en el puerto.

Consecuencia de lo anterior resulta ser que ni siquiera ha iniciado a contar el término de la caducidad de la facultad sancionatoria, siempre que, a la fecha de la presente Resolución, aún el Concesionario continúa incumpliendo la obligación de realizar las obras del plan de inversiones.

Bajo este entendido, la facultad sancionatoria de la que se encuentra ungida la ANI para sancionar al contratista al cumplimiento de su obligación contractual no se encuentra caducada. Menos aun cuando la obligación continúa pendiente, ya que la situación de incumplimiento no ha sido superada.

Resulta oportuno en este punto señalar que las obligaciones previstas en el plan de inversiones, si bien tienen un plazo determinado para ejecutarse, vencido este sin que el Concesionario las cumpla, continúan pendientes por ejecutarse, y por ende, mientras el concesionario no las cumpla, estamos ante una conducta omisiva continuada. Lo anterior cobra especial importancia en los proyectos como el portuario que nos convoca, ya que adelantar las obras previstas en el plan de inversiones, constituye la razón de ser del contrato de concesión, sin las cuales no habrá un adecuado funcionamiento del puerto, finalidad última del Contrato de Concesión Portuario, ya que las obras fueron previstas al inicio del contrato específicamente con el objeto de que se adelantaran a fin de lograr un puerto en las condiciones óptimas para un adecuado funcionamiento del mismo.

En ese orden de ideas, al no haber adelantado la totalidad de las actividades previstas en el plan maestro de inversiones, el funcionamiento y operación del puerto pesquero no puede desarrollarse en las condiciones contractualmente pactadas. Las actividades previstas y que debía cumplir el Concesionario corresponden a las obras relacionadas con:

Ingeniería y diseño del muelle, Reparación placa superior del muelle en concreto, Reparación bigas de amarre y Suministro e instalación defensa marinas, de acuerdo con lo acordado por las partes en el contrato. (...)”

Así las cosas, la resolución recurrida se encargó de analizar la naturaleza de las obligaciones que se consideraron incumplidas y que están referidas al Plan Maestro de Inversiones, incumplimiento que se ha mantenido en el tiempo, y respecto del cual, por ende, ni siquiera ha iniciado a contar el término de caducidad.

En efecto, a lo largo de la ejecución contractual, y de la presente actuación, la conducta omisiva del Concesionario se ha mantenido, poniéndolo en el escenario de una conducta omisiva continuada, generando como consecuencia, que la facultad sancionatoria emanada de la Ley y con la que cuenta la administración ni siquiera haya comenzado a contabilizarse, por lo que la ANI al momento en el que profirió la resolución recurrida, seguía investida de la facultad sancionatoria respecto del incumplimiento endilgado.

Se recuerda, tal como se hizo en aquel momento, que el Plan de Inversiones tiene vital importancia para el desarrollo del proyecto, pues aquellas obras fueron previstas como necesarias para adelantar el cumplimiento adecuado del objeto contractual y, en atención a esa necesidad, deben ser desarrolladas a lo largo del contrato, y si bien existe una fecha en la que se debía ya haber cumplido ese Plan de Inversiones, mientras el Concesionario no cumpla esas inversiones, la obligación de cumplir continúa vigente, y en consecuencia, no es posible hablar de caducidad, cuando ni siquiera ha iniciado a contar dicho término, por no haber cesado la omisión en que incurrió la Sociedad Portuaria.

Por lo expuesto, el Despacho reitera lo dicho en aquella oportunidad, y en consecuencia no resulta de recibo el argumento sobre la pretendida caducidad de la facultad sancionatoria.

3.2. DEL INCUMPLIMIENTO PARCIAL, NO TOTAL, DEL PLAN DE INVERSIONES

Dentro de los argumentos del recurso, el Concesionario hizo referencia a que el incumplimiento que fue declarado en la resolución recurrida obedece a un incumplimiento parcial y no a un incumplimiento total, en la medida en que el Concesionario sí ha ejecutado algunas obras del Plan de Inversiones.

Para analizar este argumento del Concesionario, conviene en primera instancia recordar que tras el análisis adelantado por la Supervisión del proyecto, que dio lugar a la presente actuación, se determinó que efectivamente el Concesionario realizó algunas obras del Plan de Inversiones, pero las mismas no atienden a la totalidad del Plan de Inversiones. En palabras de la Supervisión:

“(...) Dentro de la ejecución de actividades no se encuentra reflejado el suministro e instalación de defensas marinas que tiene un valor de acuerdo con el plan maestro de inversiones de USD 104.700 que constituyen aproximadamente el 61.59 por ciento del total de la inversión establecido en el contrato de concesión portuaria.

De igual forma se adjunta al presente informe la remisión del soporte de actividades por parte del concesionario en la cual se evidencia la ejecución de actividades constructivas, no obstante, las observaciones tanto de carácter técnico como financiero a las mismas indican que, si bien existe la ejecución de obras que están enmarcadas en el plan de inversiones del contrato de concesión portuaria, estas deben surtir ajustes para ser validadas tanto técnica como financieramente. (...)”

Es así como, si bien la ANI admite la existencia de algunas obras adelantadas por el Concesionario en cumplimiento del Plan de Inversiones, lo cierto es que, por un lado no todas las obras que ha referido el Concesionario son imputables a este y, por el otro, la entrega o existencia de algunas obras imputables al Plan de Inversiones no implican que el Plan de Inversiones se encuentre cumplido, ya que un cumplimiento

parcial de la obligación, es un incumplimiento, que en manera alguna puede ser previsto como un cumplimiento a las obligaciones. Además, señaló la Supervisión que algunas de las obras se deben ajustar para poder validarse tanto técnica como financieramente.

En todo caso, en atención al argumento del recurrente, el Despacho analizará si el material probatorio allegado por el Concesionario permite demostrar que las obras previstas para ser ejecutadas en el Plan de Inversión se encuentran cumplidas en un 100%, ya que se reitera, mientras no se haya cumplido el Plan de Inversiones en su totalidad, la obligación permanece incumplida, siendo por tanto procedente la declaratoria de incumplimiento y su correspondiente sanción. De igual suerte, se valorará si del material probatorio existente se puede determinar si las obras desarrolladas pueden ser imputables financieramente.

Valga agregar que, con el propósito de lograr la certeza sobre este punto, el Despacho decretó como prueba un informe de Supervisión en el que se diera cuenta del estado de cumplimiento de las obligaciones declaradas incumplidas. En atención a ello, la Supervisión del proyecto, mediante radicado 20193030141843 del 25 de septiembre de 2019³, allegó informe en el que mencionó:

“(…) se procede a la revisión técnica y financiera correspondiente para lo cual se tiene en cuenta lo establecido en la Cláusula Novena del contrato de concesión portuaria respecto al plan maestro de inversión, a saber:

DESCRIPCION (INV USD)	CANTIDAD	UNIDAD	FECHA DE EJECUCIÓN	VALOR
Ingeniería y diseños de muelle	1	GLOBAL	Año 1	20.000
Reparación placa superior del muelle en concreto	120	M3	Año 1	40.800
Reparación bitas de amarre	3	UNIDAD	Año 1	4.500
Suministro e instalación defensas marinas	20	UNIDAD	Año 1	104.700
TOTAL				170.000

Una vez analizados los soportes remitidos por el concesionario se presentan las siguientes observaciones:

- Informe de interventoría en donde explica y resalta cada una de las obras ejecutadas, así como de los imprevistos surgidos. (dividido en tres archivos)*

El informe de interventoría da cuenta de la ejecución de actividades desarrolladas por la empresa Delipisca en el marco de un contrato de obra a todo costo suscrito con la Sociedad Portuaria Puerto Hondo, dicho informe ya había sido presentado con el radicado ANI No. 20194090174052 del 20 de febrero de 2019, en el informe en mención se hace referencia al desarrollo de las siguientes actividades en el periodo comprendido entre agosto y diciembre de 2018:

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL
1.	Preliminares				

3 Folio 303 del expediente sancionatorio

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “
“Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”

1.1	Localización y replanteo	M2	2270,17	2.730	6.197.564,10
1.2	Demoliciones varias, incluye desalojo	M2	180,00	77.354	13.923.720,00
1.3	Excavaciones a mano entibadas en bajamar	M3	740.68	73.611	54.522.195,48
1.4	Relleno compactado con material seleccionado	M3	273.00	115.863	31.630.599,00
	Subtotal				106.274.079
2	Cimentaciones				
2.1	Geo textil tipo T -2400	M2	720.00	10.919	7.861.680,00
2.2	Geo colchón (material granular + geo malla)	M3	0	665.388	0
	Subtotal				7.861.680,00
3	Pavimento rígido				
3.1	Losas o placas en concreto (anden) e 0.12m	M2	20.68	203.502	4.208.421,36
	Subtotal				4.208.421,36
4	Aseo y limpieza				
4.1	Aseo general	GLB	1	376.766	376.766
	Subtotal				376.766
5	Ítems no previstos				
5.1	Reparación, mantenimiento y construcción de bitas	UND	10	1.200.000	12.000.000
5.2	Relleno con piedra granular gruesa (piedra bola)	M3	180	115.863	20.855.340
5.3	Gaviones (material granular + malla trenzada)	M3	270	299.084	80.752.701,48
5.4	Cuneta en concreto	ML	30	390.787	11.723.603,88
5.5	Sardinel 0.2x.025 CR 21mPA	ML	64,50	130.067	8.389.352.12
5.6	Losas o placas en concreto e: 0.15 m	M2	133.02	269.201	35.809.153.22
5.7	Muro concreto losa o placa de concreto	ML	30.00	465.287	13.958.602.58
5.8	Filtro de piedra	M3	12.00	211.150	2.533.797.50
5.9	Pintura General muelle	M2	75.00	32.423	2.431.760.43
5.10	Limpieza y recaba del canal	ML	100	16.950	1.694.988.49
5.11	Mejoramiento de losas	M2	26.01	198.985	5.175.634.43
	Subtotal				195.324.934
	COSTO DIRECTO				314.045.880
	Administración	20%			62.809.176
	Imprevistos	1%			3.140.459
	Utilidades	0%			0
	COSTO INDIRECTO				65.949.635
	Costo obra				379.995.515
	Interventoría Técnica	7%			26.599.686
	TOTAL				406.595.201

Respecto al valor de las actividades contempladas en el contrato de obra se evidencia que se incluyeron costos de administración, imprevistos, e interventoría, los cuales suman un valor de \$92.549.321 que son cargados al valor total reportado como inversión y **no pueden ser contemplados en la ejecución de dicho plan por cuanto se consideran como gastos.** De igual forma, de acuerdo con el documento presentado por el concesionario, este hace mención al mismo reporte de actividades suministrado anteriormente, con la única diferencia de incluir el ítem del plan de inversiones al cual se pretende imputar cada actividad ejecutada como se evidencia a continuación:

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	ITEM QUE SE PRETENDE IMPUTAR
1	Preliminares					
1,1	Localización y replanteo	M2	2270,17	2.730	6.197.564	Reparación placa superior del muelle en

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”						
ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	ITEM QUE SE PRETENDE IMPUTAR
						concreto
1,2	Demoliciones varias, incluye desalojo	M2	180	77.354	13.923.720	Reparación placa superior del muelle en concreto
1,3	Excavaciones a mano entibadas en bajamar	M3	740,68	73.611	54.522.195	Reparación placa superior del muelle en concreto
1,4	Relleno compactado con material seleccionado	M3	273	115.863	31.630.599	Reparación placa superior del muelle en concreto
	Subtotal				106.274.079	
2	Cimentaciones					
2,1	Geo textil tipo T-2400	M2	720	10.919	7.861.680,00	Reparación placa superior del muelle en concreto
2,2	Geo colchon (material granular + geo malla)	M3	0	665.388	0	Reparación placa superior del muelle en concreto
	Subtotal				7.861.680	
3	Pavimento rígido					
3,1	Losas o placas en concreto (anden) e 0,12m	M2	20,68	203.502	4.208.421	Reparación placa superior del muelle en concreto
	Subtotal				4.208.421	
4	Aseo y limpieza					
4,1	Aseo general	GLB	1	376.766	376.766	Reparación placa superior del muelle en concreto
	Subtotal				376.766	Reparación placa superior del muelle en concreto
5	Ítems no previstos					
5,1	Reparación, mantenimiento y construcción de bitas	UND	10	1.200.000	12.000.000	Reparación de Bitas de amarre
5,2	Relleno con piedra granular gruesa (piedra bolo)	M3	180	115.863	20.855.340	Reparación placa superior del muelle en concreto
5,3	Gaviones (material granular + malla trenzada)	M3	270	299.084	80.752.701	Reparación placa superior del muelle en concreto
5,4	Cuneta en concreto	ML	30	390.787	11.723.604	Imprevisto
5,5	Sardinel 0,2x,025 CR	ML	64,5	130.06	8.389.35	Imprevisto

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	ITEM QUE SE PRETENDE IMPUTAR
	21mPA			7	2	
5,6	Losas o placas en concreto e: 0,15 m	M2	133,02	269.201	35.809.153	Reparación placa superior del muelle en concreto
5,7	Muro concreto losa o placa de concreto	ML	30	465.287	13.958.603	Reparación placa superior del muelle en concreto
5,8	Filtro de piedra	M3	12	211.150	2.533.798	Imprevisto
5,9	Pintura General muelle	M2	75	32.423	2.431.760	Mantenimiento
5,1	Limpieza y recaba del canal	ML	100	16.950	1.694.988	Imprevisto
5,11	Mejoramiento de losas	M2	26,01	198.985	5.175.634	Reparación placa superior del muelle en concreto
	Subtotal				195.324.934	
	COSTO DIRECTO				314.045.880	
	Administración	20%			62.809.176	
	Imprevistos	1%			3.140.459	
	Utilidades	0%			0	
	COSTO INDIRECTO				65.949.635	
	Costo obra				379.995.515	
	Interventoría Técnica	7%			26.599.686	
	TOTAL				406.595.201	

Frente a los ítems que se pretende imputar como parte del plan maestro de inversión contractual de Sociedad Portuaria Puerto Hondo, es posible evidenciar que se han incluido por parte del concesionario ítems correspondientes a imprevistos y mantenimiento, por un valor de \$26.773.502, estas actividades **no pueden ser tenidas en cuenta como parte del plan de inversiones toda vez que se consideran como gastos.**

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL	ITEM IMPUTAR
5,4	Cuneta en concreto	ML	30	390.787	11.723.604	Imprevisto
5,5	Sardinell 0,2x,025 CR 21mPA	ML	64,5	130.067	8.389.352	Imprevisto
5,8	Filtro de piedra	M3	12	211.150	2.533.798	Imprevisto
5,9	Pintura General muelle	M2	75	32.423	2.431.760	Mantenimiento
5,1	Limpieza y recaba del canal	ML	100	16.950	1.694.988	Imprevisto
TOTAL					26.773.502	

Cifras en pesos

“Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”

DESCRIPCION (INV USD)	CANTIDAD	UNIDAD	FECHA DE EJECUCIÓN	VALOR USD
Ingeniería y diseños de muelle	1	GLOBAL	Año 1	USD 20.000
Suministro e instalación de defensas marinas	20	UNIDAD	Año 1	USD104.000
TOTAL				USD124.000

Las actividades dejadas de ejecutar suman un valor de USD 124.000 que corresponden al 72.94% del valor del plan de inversiones contractual.

Es pertinente indicar que las cuentas de cobro presentadas por la Sociedad Portuaria no tienen el respaldo de pago por parte del Concesionario, requisito mínimo que garantice la ejecución de las actividades relacionadas en estos documentos y el hecho contable en sí mismo. Además de lo anterior, desde el punto de vista técnico no se evidencia su relación con el plan de inversión contractual establecido en el Contrato de Concesión 004 de 2011.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que a la fecha persiste el presunto incumplimiento por la no ejecución del plan de inversiones. Así mismo, es importante resaltar que a la fecha el concesionario no ha presentado los formatos de inversión correspondientes al primer semestre del año 2019.” **(Resaltado fuera de texto)**

De otro lado, en la oportunidad de traslado a la apoderada del Concesionario mencionó que no fue considerada ni valorada la prueba referida al radicado N° 2018-409-080674-2 del 9 de agosto de 2018, que refirió en los siguientes términos: “con la ingeniería y el diseño del muelle, en cumplimiento del Plan de inversiones”, pese a ello y verificada la información obrante en el cd anexo, se encontró que corresponde a un archivo Excel con cálculos como se evidencia en la imagen siguiente:

ITEM	DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR PARCIAL
1	PRELIMINARES				
1.1	Localización y replanteo	M2	102,40	\$ 2.730	\$ 279.552
1.2	Demoliciones varias. Incluye desalojo	M2	102,40	\$ 77.354	\$ 7.921.050
1.3	Excavación a mano entibadas en bajarlar	M3	339,97	\$ 73.611	\$ 25.025.384
1.4	Relleno con material seleccionado	M3	20,40	\$ 115.963	\$ 2.363.598
	SUBTOTAL				\$ 35.589.584
2	CIMENTACIONES				
2.1	Geotextil Tipo T-2400	M2	327,76	\$ 10.919	\$ 3.578.696
2.2	Geociclón (material granular + Geomalla)	M3	338,64	\$ 665.388	\$ 225.326.997
	SUBTOTAL				\$ 228.905.693
3	PAVIMENTO RIGIDO				
3.1	Losas o placas en Concreto hidráulico e. 0	M2	102,40	\$ 203.502	\$ 20.838.634
	SUBTOTAL				\$ 20.838.634
4	ASEO Y LIMPIEZA GENERAL				
4.1	Aseo y limpieza general	GLB	1,00	\$ 376.766	\$ 376.766
	SUBTOTAL				\$ 376.766
	COSTO DIRECTO				\$ 285.710.677
	ALU. 33%				\$ 94.284.525
	COSTO PROYECTO				\$ 379.995.200
	INTERVENTORIA TECNICA, ADMINISTRATIVA Y FINANCIERA (7%)				\$ 28.599.664.00
	COSTO TOTAL PROYECTO				\$ 406.594.863

Lo anterior no demuestra en manera alguna que las obras incluidas en dicha tabla se hayan adelantado y, por tanto, tampoco prueba que las cláusulas de las que se ocupa la presente actuación se encuentren cumplidas.

Respecto de las demás pruebas aportadas por Concesionario, el informe de Supervisión se ocupó de analizarlas, pese a que el Concesionario sostuvo lo contrario en el traslado del informe de Supervisión. En efecto, en cuanto a las facturas aportadas, una a una fueron valoradas, como se muestra a continuación, y tras esa valoración el Supervisor concluyó que no eran imputables a ninguno de los ítems propuestos en el Plan de Inversión pactado en la cláusula novena⁴:

“(…) Se presentaron las siguientes facturas como soportes a actividades ejecutadas:

Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
Edwin del castillo	Pruebas audiencia	3318	\$10.000	20/11/2017	No hace parte del plan de inversión	3003,19	\$3	
Casa eléctrica Tumaco	Pruebas audiencia	92793	\$105.100	21/11/2017	No hace parte del plan de inversión	3011,32	\$35	
Electromar	Pruebas audiencia	67077	\$141.000	22/11/2017	No hace parte del plan de inversión	3001,07	\$47	
Resfibras del pacifico	Pruebas audiencia	14885	\$60.000	25/11/2017	No hace parte del plan de inversión	2976,39	\$20	
Dumer Vargas	Pruebas audiencia	Cuenta de cobro	\$370.000	13/07/2018	No identificado	2882,02	\$128	La cuenta de cobro no presenta soporte de pago
Tornillería continental	Pruebas audiencia	24845	\$632.000	23/08/2018	No hace parte del plan de inversión	2965,45	\$213	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	73389	\$618.500	15/08/2018	No identificado	3002,66	\$206	

4 Informe de interventoría remitido mediante radicado 2019-303-014184-3 del 25 de septiembre de 2019, objeto de traslado el 2 de noviembre de 2019

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
Tornillería continental	Pruebas audiencia	73669	\$268.000	19/08/2018	No identificado	3024,02	\$89	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audiencia	58750	\$48.000	20/08/2018	No hace parte del plan de inversión	3024,02	\$16	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	73782	\$712.000	21/08/2018	No hace parte del plan de inversión	3024,02	\$235	
Ferretería Nuevo Comercial Pacifico	Pruebas audiencia	2232	\$104.000	21/08/2018	No identificado	3024,02	\$34	
Maderas del pacifico	Pruebas audiencia	1902	\$73.400	21/08/2018	No hace parte del plan de inversión	3024,02	\$24	
Materiales Jenny	Pruebas audiencia	2818	\$280.000	21/08/2018	No identificado	3024,02	\$93	
Materiales Tumaco	Pruebas audiencia	1981	\$1.740.000	23/08/2018	No hace parte del plan de inversión	2965,45	\$587	
Maderas los cedros	Pruebas audiencia	4935	\$275.200	23/08/2018	No hace parte del plan de inversión	2965,45	\$93	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audiencia	59173	\$26.000	05/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3088,47	\$8	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	74849	\$493.000	06/09/2018	No identificado	3100,37	\$159	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audiencia	59217	\$217.500	07/09/2018	No identificado	3089,47	\$70	
Aserradero Santander	Pruebas audiencia	2639	\$70.000	07/09/2018	No identificado	3089,47	\$23	
Almacén de taller de repuestos	Pruebas audiencia	119	\$24.000	07/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3089,47	\$8	
Auto repuestos Tumaco	Pruebas audiencia	3272	\$50.000	07/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3089,47	\$16	
Tumba precios	Pruebas	14931	\$609.000	07/09/2018	No hace parte del	3089,4	\$197	

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
	audiencia			18	plan de inversión	7		
variedades Camila	Pruebas audiencia	745	\$17.700	07/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3089,47	\$6	
Industrias Caviedes	Pruebas audiencia	7733	\$27.000	10/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3070,15	\$9	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audiencia	59353	\$15.000	10/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3070,15	\$5	
Avenida Exporcol	Pruebas audiencia	23653	\$ 9.000	10/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3070,15	\$3	
Avenida Exporcol	Pruebas audiencia	3867	\$10.000	11/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3069,49	\$3	
Ricuras en el puerto Tumaco	Pruebas audiencia	563	\$1.220.000	12/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3087,73	\$ 395	
Jaime Santiago Castillo	Pruebas audiencia	Cuenta de cobro	\$3.450.000	12/09/2018	No identificado	3087,73	\$1.117	La cuenta de cobro no presenta soporte de pago
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	776675	\$1.796.800	01/10/2018	No identificado	2972,18	\$ 605	
Los cedros	Pruebas audiencia	5059	\$172.000	01/10/2018	No hace parte del plan de inversión	2972,18	\$58	
variedades Camila	Pruebas audiencia	809	\$29.000	02/10/2018	No hace parte del plan de inversión	2993,74	\$10	
La Miscelanea automotriz	Pruebas audiencia	53793	\$24.000	02/10/2018	No hace parte del plan de inversión	2993,74	\$8	
Variedades Camila	Pruebas audiencia	815	\$36.000	03/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3005,5	\$12	
Pm Technology	Pruebas audiencia	62	\$122.750	03/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3005,5	\$41	
Refrít Electro sega	Pruebas audien	722	\$180.000	03/10/2018	No hace parte del plan de	3005,5	\$60	

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Sopor te COP	Fec ha	Plan Inversión	TR M	Val or US D	Observacion es
	cia				inversión			
Romero y Burgos	Pruebas audien cia	114039	\$17.000	03/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3005,5	\$6	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audien cia	27060	\$28.000	03/10/2018	No identificado	3005,5	\$9	
Tornillería Continental	Pruebas audien cia	76916	\$439.500	04/10/2018	No identificado	3012,65	\$146	
Agua Pura Tropi	Pruebas audien cia	576	\$15.000	04/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3012,65	\$5	
Variedades Camila	Pruebas audien cia	817	\$23.700	05/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3028,16	\$8	
Variedades Camila	Pruebas audien cia	819	\$6.400	05/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3028,16	\$2	
Tornillería Continental	Pruebas audien cia	77201	\$687.500	08/10/2018	No identificado	3031,31	\$227	
Refrit Electro sega	Pruebas audien cia	724	\$700.000	08/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3031,31	\$231	
Los Cedros	Pruebas audien cia	5084	\$9.600	09/10/2018	No identificado	3031,31	\$3	
Variedades Camila	Pruebas audien cia	841	\$7.600	11/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3090,3	\$2	
Radiadores el Costeño	Pruebas audien cia	1	\$15.000	11/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3090,3	\$5	
Refrit Electro sega	Pruebas audien cia	726	\$1.220.000	11/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3090,3	\$395	
Tornipartes del Pacifico	Pruebas audien cia	7795	\$56.400	12/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3087,34	\$18	
Tornillería continental	Pruebas audien cia	77493	\$872.050	12/10/2018	No identificado	3087,34	\$282	
Tornipartes	Prueba	2383	\$119.1	12/1	No	308	\$39	

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
del Pacifico	s audien cia	3	00	0/2018	identificado	7,34		
Ricuras el puerto Tumaco	Pruebas audien cia	564	\$990.000	13/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3088,78	\$ 321	
Tornillería continental	Pruebas audien cia	13507	\$49.000	13/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3088,78	\$16	
Agua Pura Tropi	Pruebas audien cia	761	\$15.000	13/10/2018	No hace parte del plan de inversión	3088,78	\$5	
Jaime Santiago Castillo	Pruebas audien cia	Cuenta de cobro	\$2.540.000	13/10/2018	No identificado	3088,78	\$ 822	La cuenta de cobro no presenta soporte de pago
Mauro Andrés Jiménez	Pruebas audien cia	567	\$60.000	01/11/2018	No identificado	3219,85	\$19	
Variedades Camila	Pruebas audien cia	895	\$48.400	07/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3154,55	\$15	
Tornillería Continental	Pruebas audien cia	280066	\$36.400	08/11/2018	No identificado	3140,25	\$12	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audien cia	60590	\$41.500	10/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3176,89	\$13	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audien cia	60614	\$21.000	12/11/2018	No identificado	3176,89	\$7	
Agua Pura Tropi	Pruebas audien cia	330	\$15.000	13/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3176,89	\$5	
Servicentro Pinar	Pruebas audien cia	56008	\$68.000	14/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3197,2	\$21	
Tornillería Central	Pruebas audien cia	34707	\$58.100	14/11/2018	No identificado	3197,2	\$18	
Torniquetes del pacifico	Pruebas audien cia	60786	\$20.000	16/11/2018	No identificado	3198,29	\$6	
Tornillería Central	Pruebas	779946	\$617.400	16/11/2018	No identificado	3198,2	\$ 193	

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
	audiencia			18		9		
Agua Pura Tropi	Pruebas audiencia	1201	\$25.000	17/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3173,59	\$8	
Variedades Camila	Pruebas audiencia	1007	\$40.500	17/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3173,59	\$13	
Jaime Santiago Castillo	Pruebas audiencia	Cuenta de cobro	\$4.100.000	19/11/2018	No identificado	3173,59	\$1.292	La cuenta de cobro no presenta soporte de pago
Tornillería continental	Pruebas audiencia	35193	\$709.000	21/11/2018	No identificado	3189,51	\$222	
Tornipartes del pacifico	Pruebas audiencia	60963	\$45.000	21/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3189,51	\$14	
Agua Pura Tropi	Pruebas audiencia	1222	\$15.000	23/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3196,26	\$5	
Almacén Insumos la Taguera	Pruebas audiencia	1456	\$36.000	26/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3223,95	\$11	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	35581	\$480.000	26/11/2018	No identificado	3223,95	\$149	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	16946	\$238.800	27/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3240,65	\$74	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	81155	\$637.500	29/11/2018	No identificado	3274,47	\$195	
Agua Pura Tropi	Pruebas audiencia	1235	\$15.000	29/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3274,47	\$5	
Materiales Tumaco	Pruebas audiencia	2070	\$280.000	29/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3274,47	\$86	
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	81154	\$756.300	29/11/2018	No identificado	3274,47	\$231	
Restaurante Bar-Cevichería el	Pruebas audien	43932	\$98.875	30/11/2018	No hace parte del plan de	3240,02	\$31	

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
Puente	cia				inversión			
Elisa Llorente de Escruceria	Pruebas audiencia	228830	\$60.000	01/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3235,27	\$19	
Ferrotornillos RC	Pruebas audiencia	80	\$300.000	04/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3196,15	\$94	
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	81625	\$330.000	04/12/2018	No identificado	3196,15	\$103	
Jaime Santiago Castillo	Pruebas audiencia	Cuenta de cobro	\$2.500.000	04/12/2018	No identificado	3196,15	\$782	
Stella Rosa del Catillo	Pruebas audiencia	63272	\$1.824.000	07/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3187,86	\$572	
Tumba Precios	Pruebas audiencia	15253	\$280.000	07/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3187,86	\$88	
Avenida Exporcol	Pruebas audiencia	4355	\$100.000	07/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3187,86	\$31	
Lubricantes San Nicolás	Pruebas audiencia	108949	\$136.000	07/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3187,86	\$43	
Cacharrería Central	Pruebas audiencia	542	\$15.800	10/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3153,29	\$5	
Materiales Jenny	Pruebas audiencia	2654	\$280.000	10/12/2018	No identificado	3153,29	\$89	
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	82301	\$1.125.000	10/12/2018	No identificado	3153,29	\$357	
Luis Eduardo Portilla Mariñez	Pruebas audiencia	Cuenta de cobro	\$23.080.000	10/12/2018	No identificado	3153,29	\$7.319	La cuenta de cobro no presenta soporte de pago
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	82426	\$626.900	11/12/2018	No identificado	3176,12	\$197	
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	82570	\$275.000	12/12/2018	No identificado	3184,7	\$86	

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “ “Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”								
Contratista	Radicado	Factura	Valor Soporte COP	Fecha	Plan Inversión	TR M	Valor USD	Observaciones
Materiales Tumaco	Pruebas audiencia	2117	\$280.000	12/12/2018	No identificado	3184,7	\$88	
Tornillería continental	Pruebas audiencia	38397	\$86.700	17/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3196,3	\$27	
Variedades Camila	Pruebas audiencia	1070	\$44.300	17/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3196,3	\$14	
Las Ricuras del Delis	Pruebas audiencia	37	\$185.000	17/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3196,3	\$58	
Tumba precios	Pruebas audiencia	14509	\$350.000	18/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3188,66	\$110	
Dumar Vargas Duque	Pruebas audiencia	148	\$17.850.000	23/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3285,34	\$5.433	La factura no tiene respaldo de pago
Agro insumos la Taguera	Pruebas audiencia	1493	\$120.000	29/12/2018	No identificado	3249,75	\$37	
Contrato Dumer Vargas	Pruebas audiencia	148	\$17.850.000	31/12/2018	No hace parte del plan de inversión	3249,75	\$5.493	La factura no tiene respaldo de pago
Auto repuestos Tumaco	Pruebas audiencia	3269	\$550.000	07/09/2018	No hace parte del plan de inversión	3089,47	\$178	
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	79160	\$61.000	06/11/2018	No hace parte del plan de inversión	3177,57	\$19	
Honda Motos	Pruebas audiencia	116	\$12.000	No legible	No hace parte del plan de inversión	No legible	No legible	
Factura Septiembre	Pruebas audiencia	No legible	No legible	No legible	No legible	No legible	No legible	
Tornillería Continental	Pruebas audiencia	29621	\$39.000		No hace parte del plan de inversión	#N/D	#N/D	
Contrato Delipesca	Pruebas audiencia		\$406.595.201			#N/D	#N/D	No se cuenta con el soporte contable.

Una vez realizada la verificación de las facturas presentadas por el Concesionario, se evidencia que ninguna es correspondiente con algún ítem del plan de inversión contractual establecido en la cláusula novena del contrato de concesión portuaria No. 004 de 2011, debido a que hacen referencia a herramientas o elementos menores, gastos de restaurantes, compra de colchones, mantenimiento de vehículos, compra de agua, entre otros. (...)”

Como se evidencia, el análisis de la Supervisión se hizo sobre cada una de las facturas allegadas por el Concesionario, pero del listado de facturas relacionadas para justificar las obras de Plan de Inversión, se observa que incluye cuentas correspondientes a bienes que no guardan relación alguna con el Plan de Inversiones, como es la compra de agua, de almuerzos, de colchones o de mantenimiento de vehículos.

Así las cosas, no existe prueba alguna del cumplimiento total de las obras previstas en el Plan de Inversión, en tanto sólo existe prueba de haberse ejecutado la Reparación de la placa superior del muelle en concreto, y la Reparación de las bitas de amarre, pero los otros dos ítems, continúan sin ejecutarse, y equivalen aproximadamente al 73% del total de las obras del Plan de Inversiones:

DESCRIPCION (INV USD)	CANTIDAD	UNIDAD	FECHA DE EJECUCIÓN	VALOR
Ingeniería y diseños de muelle	1	GLOBAL	Año 1	20.000
Reparación placa superior del muelle en concreto	120	M3	Año 1	40.800
Reparación bitas de amarre	3	UNIDAD	Año 1	4.500
Suministro e instalación defensas marinas	20	UNIDAD	Año 1	104.700
TOTAL				170.000

Ahora bien, es claro que el incumplimiento al Plan de Inversiones no es total como se ha sostenido a lo largo de la actuación administrativa sancionatoria que nos ocupa, ya que el Concesionario ha adelantado, a lo largo de la ejecución contractual, esto es, ocho años después de su inicio, el 27% del Plan de inversiones pactado, pero ello, se reitera, no significa que haya cumplido el Plan de Inversiones, y por ende se debe aplicar la sanción de multa ante el cumplimiento obligacional imperfecto, que equivale a un incumplimiento obligacional.

Por último, y refiriéndonos al descurre del traslado al Concesionario del informe de Supervisión, señaló el recurrente que hubo falta de valoración por parte de la Supervisión, del avalúo del INVÍAS y del acta de entrega del puerto, a lo cual el despacho debe señalar que dichos documentos son valorados por esta Gerencia, entendiendo eso sí, que no demuestran que se hayan adelantado la totalidad de las obras del Plan de Inversión, pero sí demuestran, junto con otras pruebas, que el Concesionario ha adelantado obras en el puerto.

Sobre el particular debe señalarse que esas obras que claramente se han adelantado, no están relacionadas con el Plan de Inversiones previsto contractualmente, es por ello que las mismas no demuestran que se haya adelantado obras adicionales a las valoradas por la Supervisión, relacionadas directamente con el Plan de Inversiones, y en esa medida, no alteran en absoluto el Informe que respecto del cumplimiento del Plan de Inversiones, remitió la Supervisión.

Así las cosas, el Despacho concluye que la ANI nunca ha desconocido que el Concesionario ha adelantado obras en el puerto, lo que no ha logrado demostrar es que aquellas obras estén relacionadas con el Plan de Inversión contratado, y en ese entendido las cláusulas contractuales que dieron origen a esta actuación administrativa, continúan incumplidas.

4.3. DEL CUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA 5.4. DE LA PARTE ESPECIAL

Dentro de las argumentaciones del Concesionario, se mencionó el cumplimiento de la obligación prevista en la Cláusula 5.4 de la parte especial del contrato, en atención a que ha adelantado diferentes obras desde la entrega del puerto en el año 2012, referidas a modernizaciones, reparaciones y adecuaciones a las instalaciones portuarias.

Al respecto se debe señalar que el incumplimiento al Plan de Inversiones fue delimitado desde la citación a la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, radicado 2016-701-037669-1 del 02 de diciembre de 2016⁵, en donde se puntualizó que la cita que se hizo de lo dispuesto en la cláusula 5.4 de la parte especial del contrato fue en concordancia con las demás cláusulas que referían el cumplimiento de las obligaciones de adelantar el plan de obras en las condiciones previstas contractualmente.

Así las cosas, analizamos nuevamente, la cláusula en discusión, que para el efecto refiere lo siguiente:

*“5.4. Condiciones técnicas de operación y construcción: El proyecto consiste principalmente en el montaje e instalación de una planta atunera y de especies marinas, mediante la utilización de la infraestructura existente. Por ello, **el CONCESIONARIO se obliga a realizar las modernizaciones, reparaciones y adecuaciones a las instalaciones portuarias** (...) EL CONCESIONARIO garantiza que en la planta se llevará a cabo el procesamiento de los productos de pesca que sean descargados en el muelle (...)”*

Esta cláusula fue prevista en la parte especial del contrato dentro de la descripción del proyecto y especificaciones técnicas, pero está ligada con el Plan Maestro de Inversión, como se señaló desde el inicio de la presente actuación. Significa lo anterior que mientras la cláusula 5.4, si se lee de forma aislada, parecería indicar que solo está obligado el Concesionario a realizar las reparaciones y adecuaciones de las instalaciones portuarias, al leerse en consonancia con lo que dispone el Contrato respecto a la obligación que tiene el Concesionario de realizar las inversiones acordadas en el Plan de Inversiones, resulta claro que las adecuaciones, reparaciones y modernizaciones a que se refiere la cláusula 5.4, son las referidas en ese Plan de Inversiones.

De lo anterior se infiere que aun cuando el Concesionario ha realizado inversiones en la modernización del puerto, en tanto el Concesionario no ha realizado todas las inversiones previstas en el plan, resulta claro que está incumpliendo la cláusula 5.4 en la medida en que no ha realizado todas las adecuaciones, reparaciones y modernizaciones que debía realizar sobre las instalaciones portuarias.

Por lo expuesto, no resulta de recibo el argumento del recurrente.

3.4. DE LA ACUMULACIÓN DE LA PRESENTE ACTUACIÓN, CON LA QUE SE ADELANTA CONTRA EL CONCESIONARIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO POR LA NO OPERACIÓN DEL PUERTO

La apoderada del Concesionario solicitó la acumulación de los expedientes sancionatorios relacionados con las actuaciones administrativas de no operación del puerto y la que nos ocupa relacionada con la no ejecución del Plan de Inversión.

5 Folio 44 del expediente sancionatorio

Para atender esta solicitud el Despacho recuerda que el objeto de acumular actuaciones administrativas, obedece a evitar que se expidan fallos contradictorios, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 36 del CPACA, siempre que por sus características, pueden ser decididos bajo un mismo criterio, con lo cual se garantizan los principios de economía procesal, celeridad y seguridad jurídica.

De entrada se debe señalar que el análisis de procedencia de dicha acumulación, ya se realizó por esta Gerencia en el procedimiento administrativo sancionatorio que se adelanta contra el Concesionario por la presunta no operación del puerto, expediente N° 20177010630100062E, y allí se concluyó que no se cumplían los presupuestos para efectuar la acumulación solicitada.

Para el Despacho resulta entonces claro que dicha acumulación no es procedente, lo cual se sostiene en la presente actuación, recordando eso sí al Concesionario que entre las razones que se tuvieron en cuenta para no acumular, se consideró que si bien ambas son actuaciones dirigidas contra el mismo contratista, y por el mismo contrato, las obligaciones que se investigan en estas dos actuaciones administrativas son distintas y, en manera alguna, pueden generar decisiones contradictorias o pueden ser falladas bajo un mismo criterio.

En efecto, es importante reiterar que las actuaciones administrativas que se adelantan contra Puerto Hondo están referidas a obligaciones de distinto orden, pues mientras en la otra lo que se persigue es que el Concesionario opere el puerto en las condiciones pactadas, en la presente investigación lo que se persigue es la ejecución de las obras previstas en el Plan de Inversiones, finalidades distintas, que en manera alguna podrían generar decisiones encontradas.

No sobra en este punto destacar que es facultativo para la administración acumular expedientes, tal y como lo dispone el Código General del Proceso, artículo 148: *“Acumulación de procesos. De oficio o a petición de parte **podrán** acumularse dos (2) o más procesos que se encuentren en la misma instancia, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre que deban tramitarse por el mismo procedimiento, en cualquiera de los siguientes casos (...)”*

En este caso particular, en que la finalidad de las actuaciones referidas, es en ambos casos conminatoria, resulta claro que la acumulación de las actuaciones, lejos de facilitar el logro de dicha finalidad, la hace más difícil, como se pasa a explicar.

Si en una sola actuación el Concesionario es conminado a dos obligaciones distintas, no directamente relacionadas, ocurre que solo en el evento en que el Concesionario cumpla ambas obligaciones, se puede cerrar la actuación, como lo dispone el literal d del artículo 86 de la ley 1474 de 2011, lo cual resulta perjudicial tanto para el Concesionario como para la entidad contratante. Por otro lado, si esas obligaciones se investigan por aparte, basta con que el Concesionario cumpla una sola de esas obligaciones para que se cierre la respectiva actuación, lo cual facilitará que se logre la finalidad última de este tipo de procesos, cual es que cese el incumplimiento obligacional.

Pero aunado a las razones expuestas, en este momento procesal se debe agregar que ambas actuaciones están ya para proferir fallo de segunda vista, esto es, para resolver el recurso de reposición, actuación última que termina la actuación, por lo que carece de propósito la acumulación en este momento procesal, en tanto no habría ninguna economía o celeridad que justifique la acumulación.

Es por todo lo expuesto que, en ejercicio de esta facultad, el Despacho decide que no acumulará el presente trámite administrativo sancionatorio, con el que se sigue por el presunto incumplimiento relacionado con la no operación del puerto, en vista de que a pesar de que se trata de una misma cláusula la invocada como vulnerada en ambos casos, lo cierto es que cada una versa sobre diferentes tipos de obligaciones, cada una tiene pruebas muy diversas, y en últimas, ninguna celeridad se brindaría a la actuación, con dicha acumulación.

En este argumento el Concesionario consideró además que se causaría un agravio injustificado de no accederse a la solicitud de acumulación, a partir de lo dispuesto en la cláusula trece, numeral 13.2.1 que determinó un límite a la sanción, toda vez que al acumularse las dos actuaciones, solo se impondrá la multa por el incumplimiento más grave.

Para desvirtuar lo expuesto por el Concesionario, acudiremos, inicialmente, a lo dispuesto en el contrato en la cláusula trece:

“13.2. Reglas aplicables a la imposición de multas:

Las sanciones se impondrán por parte del CONCEDENTE bajo las siguientes reglas y entendimientos:

13.2.1. En caso de que el CONCEDENTE opte por adelantar un único procedimiento sancionatorio por el incumplimiento de varias obligaciones, solo se impondrá la multa correspondiente al mayor incumplimiento (...)”

Tal como refiere la cláusula, el Concedente tiene prevista la posibilidad de iniciar una sola actuación administrativa, opción por la que claramente no optó la ANI, y no por capricho, sino por las razones ya expuestas, de suerte que no resulta aplicable el razonamiento que sustenta el recurrente.

Adicionalmente y en punto al agravio injustificado, se debe señalar que en manera alguna estamos en este caso ante dicha figura, que ha sido definida doctrinalmente⁶ de la siguiente manera:

⁶ RIASCOS Gómez, Libardo. El perfeccionamiento, la existencia, la validez y la eficacia del acto desde la perspectiva de la nulidad, la revocatoria y la suspensión de los efectos jurídicos.

“(...) cuando el acto cause agravio injustificado a una persona, es decir, un perjuicio o una ofensa, una lesión a su patrimonio moral o económico. (...) Injustificado es aquello que no es conforme a la justicia o a la equidad, o que no es equitativo o imparcial. (...)”

El agravio injustificado entonces solo ocurre si se causa un perjuicio sin motivo justo, lo que en este caso no ocurre, siempre que estamos ante una situación que se genera a partir de lo acordado contractualmente por las partes, que consistió en que solo si la ANI optaba por acumular en una investigación dos o más obligaciones incumplidas, podía imponer solamente la sanción de multa por el mayor incumplimiento, pero como quiera que en este caso NO se acumularon las actuaciones, la multa impuesta en esta actuación resulta justificada ya que el Concesionario no ha realizado la totalidad de las obras previstas en el Plan de Inversiones, independientemente de la decisión de la otra actuación.

Finalmente señaló en este argumento el recurrente que la cláusula 13 contractual, numeral 13.2.2 dispuso lo siguiente: *“el monto de una multa no puede exceder del cinco por ciento (5%) del VALOR DEL CONTRATO. Lo anterior no implica en caso alguno, que la imposición de multas no pueda ser reiterativa en caso de incumplimiento, superando el cinco (5%) propuesto”*, a partir de lo cual considera que no pueden las multas impuestas en ambas actuaciones superar ese tope del 5%.

Al respecto forzoso es señalar que la cláusula 13 lo que plantea es un límite para **una** multa, esto es, que en ejercicio de la potestad sancionatoria, el Concedente, de encontrar probado el incumplimiento, puede imponer una multa que no puede superar el cinco por ciento (5%) del valor del contrato, lo que no limita a la ANI para que en otro procedimiento sancionatorio, de encontrarse probado el incumplimiento, pueda igualmente imponer otra multa con la limitante nuevamente del cinco por ciento (5%) del valor del contrato, como claramente lo indica la propia cláusula al señalar que por varios incumplimientos dicho límite puede ser superado.

De lo expuesto se concluye que el argumento no se abre camino.

3.5. ERROR EN EL CÁLCULO DE LA MULTA - NO ACEPTACIÓN POR EL CONCESIONARIO DE LA MODIFICACIÓN DEL VALOR DEL CONTRATO

En la sustentación del recurso reiteró el Concesionario su inconformidad respecto de tomar el valor de la contraprestación, como valor del contrato, base para la estimación de la multa, porque mientras el valor de la contraprestación sí se modificó (CONPES), el valor del contrato no varió, en tanto no existe prueba de la autorización de la aceptación del cambio en el valor del contrato por parte del Concesionario.

Refirió que la ANI no tuvo en cuenta que mientras a la firma del contrato, la contraprestación portuaria tenía dos componentes, uno por el uso de la zona de uso público y otro por el uso de la infraestructura, la nueva contraprestación portuaria, según el CONPES, corresponde al componente fijo/componente variable.

Afirmó que de considerar que el valor del contrato se equipara al valor de las contraprestaciones portuarias previstas en el CONPES, se desconoce el contrato en su integridad y se hace una interpretación extensa, unilateral y abusiva de la aceptación del cambio en la contraprestación portuaria.

Respecto de este punto, propuesto igualmente en la rendición de descargos, se pronunció ya este Despacho en la resolución recurrida, en los siguientes términos:

“(...) la ANI precisa que efectivamente el valor del contrato varió, pero no por una interpretación unilateral del contrato que hiciere la Entidad, sino todo lo contrario, ante la expectativa de variación en temas de contraprestación por parte del Ministerio de Transporte, situación que fue prevista por el contrato mismo, el cual destinó una cláusula para zanjar esta situación, cláusula que acordó y aceptó el Concesionario. En efecto, la cláusula 10.11 y 10.12, dispusieron lo siguiente:

“10.11. Teniendo en cuenta que el Ministerio de Transporte se encuentra adelantando un estudio para la modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación portuaria, si la reglamentación correspondiente no ha sido expedida al momento de suscribirse el presente CONTRATO, EL CONCESIONARIO acepta que deberá acogerse a ella de manera inmediata, a partir de su expedición.

10.12 Acepta de manera expresa en su integridad y sin reservas todos los términos y condiciones aplicables y establecidas en el texto del CONTRATO y en todos los documentos que lo conforman”

En aplicación a lo dispuesto en dicha cláusula, una vez presentado el supuesto allí definido, la ANI informó al Concesionario la variación de la contraprestación mediante oficio con radicado 2014-705-023579-1 del 3 de diciembre de 2014, en el que le informa al Concesionario que se dará aplicación al documento CONPES 3744 y a partir de qué momento (1 de enero de 2015) el concesionario debía adelantar el pago anticipado de la contraprestación. (...)”

Es así como las proposiciones hechas por la apoderada fueron atendidas en la oportunidad procesal prevista para ello y la ANI ahora considera, como lo hiciera en aquella oportunidad, que el cambio adelantado en la contraprestación y que fue aceptado de manera previa por el Concesionario impactaba el valor del contrato, por expresa disposición del propio contrato.

Por lo anterior, no puede en este momento contractual el Concesionario desconocer una cláusula contractual que conocía desde la suscripción del contrato y que, tal como fue dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, solo podía ser invalidada por la ley o por acuerdo de las partes.

Ahora bien, no existe dentro del expediente prueba que permita inferir que las condiciones contractuales fueron variadas a las analizadas en aquella oportunidad, por lo que el Despacho mantiene su posición expuesta en la Resolución N° 1290 del 39 de agosto de 2019, esto es, que el cambio en el valor de la contraprestación portuaria, a partir de la aplicación del CONPES, trajo consigo la variación en el valor del contrato, de forma inmediata, sin requerirse una autorización o aceptación expresa del Concesionario, puesto que ya estaba así acordado por las partes, desde la suscripción del contrato.

Valga la pena sobre este punto acotar que efectivamente el valor del contrato varió, pero no por una interpretación unilateral del contrato que hiciere la Entidad, sino todo lo contrario, ante la expectativa de variación en temas de contraprestación por parte del Ministerio de Transporte, el contrato mismo destinó una cláusula para zanjar esta

situación, cláusula de la que tuvo conocimiento el Concesionario, y que se recuerda, dispuso lo siguiente:

“10.11. Teniendo en cuenta que el Ministerio de Transporte se encuentra adelantando un estudio para la modificación de la fórmula de cálculo de la contraprestación portuaria, si la reglamentación correspondiente no ha sido expedida al momento de suscribirse el presente CONTRATO, EL CONCESIONARIO acepta que deberá acogerse a ella de manera inmediata, a partir de su expedición.”

Es por ello que la contraprestación impactó claramente el valor del contrato, pero no por una interpretación unilateral como lo pretende hacer ver el Concesionario, sino porque obedece a lo acordado por las partes contractualmente y, en atención a ello, no es éste el momento para desconocer la voluntad concedida en aquella oportunidad.

En apoyo de lo anterior, debe recordarse que el artículo 1602 del Código Civil dispuso lo siguiente: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para todos los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”*. En consecuencia, y ante la inexistencia de alguno de los eventos mencionados en artículo en cita, no puede el Concesionario alegar interpretación unilateral del contrato cuando conoció y aceptó las condiciones pactadas al momento de la suscripción.

Por lo expuesto no es de recibo el argumento de inconformidad propuesto por el Concesionario en su recurso de reposición.

Ahora bien, respecto del abuso de poder alegado por el Concesionario respecto de la supuesta interpretación unilateral del valor del contrato, el Despacho recuerda que en Derecho Administrativo ese abuso es conocido como desviación de poder, y puntualmente se refiere el ejercicio de competencias o potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron de supuesto para otorgárselas.

En reiterada jurisprudencia se ha pronunciado el Consejo de Estado⁷ sobre la figura de desviación de poder, por lo que acudiremos a uno de aquellos pronunciamientos para evidenciar que no resulta predicable de situaciones como la que alega el recurrente:

“Se tiene reconocido que la desviación de poder tiene lugar cuando un acto administrativo que fue expedido por un órgano o autoridad competente y con las formalidades debidas, en realidad persigue fines distintos a los que le ha fijado el ordenamiento jurídico y que se presumen respecto de dicho acto. Esta causal de nulidad se da tanto cuando se persigue un fin espurio, innoble o dañino como cuando se procura un fin altruista o benéfico para el Estado o la sociedad, pero que en todo caso es distinto del autorizado o señalado por la norma pertinente. Para su valoración es necesario tener en cuenta tanto los fines generales e implícitos en toda actuación administrativa (satisfacción del interés general, búsqueda del bien común, mejoramiento del servicio público, etc.), como el específico para cada tipo de acto administrativo, el cual se haya en la regulación de la atribución o competencia que con él se ejerce. Usualmente la desviación del fin es oculta, por cuanto se queda en la mente de quienes intervinieron en la expedición del acto, y resulta velada

7 Consejo de Estado Sección Primera, C. P.: Marco Antonio Velilla Moreno (E), siete (7) de junio de dos mil doce (2012), Radicación número: 66001-23-31- 000-1998-00645-01

por la indicación expresa del fin que jurídicamente corresponde al acto, o por la presunción de éste cuando no se exterioriza, de allí que para establecerla deba auscultarse en las intimidades del acto, lo cual dificulta su verificación, sobre todo cuando la desviación es hacia intereses espurios, innobles, o mezquinos, caso en el cual, solo los autores del acto son los que saben de sus propias intenciones, lo que además de un problema de legalidad, entraña también un problema ético y puede llegar incluso al campo penal o disciplinario.”

Del análisis del pronunciamiento referido resulta claro que la desviación de poder ocurre cuando la Administración expide un acto con una finalidad distinta de la prevista por la norma, situación que no guarda relación alguna con lo que sustenta el recurrente, esto es, que el “abuso de autoridad” ocurre como consecuencia de una supuesta interpretación errada que hace la administración de una cláusula contractual. Así las cosas, es claro que la figura invocada no es aplicable, en tanto ninguno de los argumentos expuestos en el recurso se encaminó a señalar la existencia de una desviación de poder en el acto administrativo recurrido, el cual, por cierto fue proferido con la principal finalidad que para el mismo establece la norma: conminar al contratista incumplido a que cumpla el contrato.

Por lo anterior, el argumento se despacha desfavorablemente.

3.6. SOBRE LA GRADUACIÓN DE LA MULTA - INCUMPLIMIENTO MUY BAJO, NO BAJO.

Respecto de la graduación de la multa, la apoderada del Concesionario manifestó que el incumplimiento que se endilgó al Concesionario debe catalogarse como muy bajo, por no existir un incumplimiento previo y que el mismo no afecta el funcionamiento del proyecto.

Una vez más, el Despacho encuentra que las argumentaciones propuestas por la apoderada del Concesionario fueron decididas en la resolución recurrida y el escenario no cambió para esta instancia, por lo que acudiremos a lo que se resolvió en aquella oportunidad, en el numeral 4.10.2. *“Sobre la graduación y cuantificación de la multa”* que se ocupó de analizar este punto así:

“Respecto de la graduación de la multa, es pertinente mencionar que el clausulado contractual estableció su regulación en la Cláusula Décimo Tercera “Multas y Sanciones” en su numeral 13.1 así:

“(…) 13.1. Graduación para la imposición de una multa por parte del CONCEDENTE: El monto de la multa la graduará el CONCEDENTE atendiendo el impacto del incumplimiento sobre el funcionamiento del proyecto portuario y/o sobre el funcionamiento de los proyectos portuarios de la misma zona portuaria y al hecho de si se trata o no de reincidencia, siguiendo los siguientes parámetros.

13.1.1. Incumplimiento muy bajo: 0,05% - 0,095% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento muy bajo aquel que ocurre por primera vez y no afecta el funcionamiento del proyecto portuario.

13.1.2. Incumplimiento bajo: 0,10% - 0,145% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento bajo aquel que ocurre por primera vez pero sí afecta el funcionamiento del proyecto portuario.

13.1.3. Incumplimiento medio: 0.15% - 0.195% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento medio aquel que no ocurre por primera vez pero que tampoco afecta el funcionamiento del proyecto portuario.

13.1.4. Incumplimiento alto: 0,20% - 0,25% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento alto aquel que no ocurre por primera vez y que además afecta el funcionamiento del proyecto portuario, pero del cual no se prevé que se pueda derivar la paralización del mismo.” (Subrayado y cursiva fuera del texto).

Como se deja entrever en los apartes transcritos, la cláusula 13.1 de las Condiciones Específicas del Contrato de Concesión Portuaria No. 004 de 2011, está referida a la "graduación" de la multa, es decir, a la calificación o atribución que la administración da al incumplimiento de acuerdo a (sic) los hechos, para la imposición de la sanción, mas no a la causalidad.

En relación con lo anterior, la Agencia Nacional de Infraestructura no comparte el argumento de defensa expuesto por la Apoderada del Concesionario, según la cual no existe causalidad, toda vez, que el incumplimiento de la obligación contractual de realizar las obras descritas en el plan maestro de inversiones ha impactado de manera importante el funcionamiento del proyecto.

Sin embargo, una vez analizado el tema por el Equipo Supervisor, de manera especial el Área Financiera, mediante correo electrónico del 11 de junio de 2019 y memorando 2019-303-008708-3 del 13 de junio de 2019, se realizó el análisis pertinente encontrando que los argumentos del Concesionario atinentes a la inadecuada graduación de la multa son de recibo, por lo que se hace necesario aclarar que la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A., presenta un incumplimiento bajo por no haber adelantado los compromisos adquiridos en el plan maestro de inversiones pactado contractualmente, y en consecuencia la multa aplicable corresponde a la descrita en el numeral 13.1.2. - 0,10% - 0,145% sobre el valor del contrato. (...)”

En efecto, como se expuso en el acto recurrido, el incumplimiento endilgado al contratista es bajo, y no muy bajo, ya que si bien es cierto no es reincidente, sí afecta el funcionamiento del proyecto, como no puede ser de otra manera, ya que al incumplir el Plan de Inversiones, el proyecto portuario no puede funcionar de la forma establecida en el contrato, y por ello es que de conformidad con el clausulado contractual, la tasación de la multa se estableció con base en la Cláusula Décimo Tercera “Multas y Sanciones” en su numeral 13.1 y sub numeral 13.1.3, a saber:

“(...)”

13.1. Graduación para la imposición de una multa por parte del CONCEDENTE: El monto de la multa la graduará el CONCEDENTE atendiendo el impacto del incumplimiento sobre el funcionamiento del proyecto portuario y/o sobre el funcionamiento de los proyectos portuarios de la misma zona portuaria y al hecho de si se trata o no de reincidencia, siguiendo los siguientes parámetros.

13.1.1. Incumplimiento muy bajo: 0,05% - 0,095% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento muy bajo aquel que ocurre por primera vez y no afecta el funcionamiento del proyecto portuario.

13.1.2. Incumplimiento bajo: 0,10% - 0,145% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento bajo aquel que ocurre por primera vez pero sí afecta el funcionamiento del proyecto portuario.

13.1.3. Incumplimiento medio: 0.15% - 0.195% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento medio aquel que no ocurre por primera vez pero que tampoco afecta el funcionamiento del proyecto portuario.

13.1.4. Incumplimiento alto: 0,20% - 0,25% sobre el valor del contrato.

Se considerará un incumplimiento alto aquel que no ocurre por primera vez y que además afecta el funcionamiento del proyecto portuario, pero del cual no se prevé que se pueda derivar la paralización del mismo.”

Así las cosas, es claro que al afectar el funcionamiento del proyecto, pero no ser reincidente, el incumplimiento del Concesionario es Bajo, como se tuvo en cuenta en el acto recurrido, por lo cual el argumento no es de recibo.

Por lo expuesto a lo largo del presente acto administrativo, no son de recibo las inconformidades sustentadas en el recurso, toda vez que, el Concesionario no logró demostrar que se adelantaron las obras previstas en el Plan Maestro de Inversión y contrario a ello existe un informe de supervisión que no deja duda del incumplimiento contractual y, en atención a que no existen razones o circunstancias nuevas, la Agencia confirmará el acto recurrido.

En mérito de lo expuesto, el Despacho,

IV. RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. - CONFIRMAR en su integridad la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019 por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO. - EN FIRME esta decisión, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019.

ARTÍCULO TERCERO. - De conformidad con lo dispuesto por el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la presente decisión se notifica en audiencia.

ARTÍCULO CUARTO. - Contra esta decisión no procede recurso alguno.

COMUNÍQUESE NOTIFIQUESE PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 18-05-2020

CLAUDIA JULIANA FERRO RODRÍGUEZ
Coordinadora GIT Sancionatorios
Agencia Nacional de Infraestructura – ANI

Proyectó: Lissette Mendoza Téllez – Abogado GIT Sancionatorios – VJ
Revisó: Eduardo Durán Montoya – Abogado GIT Sancionatorios – VJ
VoBo: CLAUDIA JULIANA FERRO RODRIGUEZ (GERENTE)

RESOLUCIÓN No. 20207070005975 “

“Por medio de la cual se resuelve el Recurso de Reposición interpuesto por la Sociedad Portuaria Puerto Hondo S.A. en contra de la Resolución No. 1290 del 29 de agosto de 2019”