



AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

RESOLUCIÓN No. **237** DE 2020 **18 FEB 2020**

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 acto administrativo que declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

LA GERENTE DEL GIT PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS CONTRACTUALES DE LA AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

En ejercicio de las facultades conferidas mediante Resoluciones ANI No. 273 de 13 de febrero de 2018, 2042 de 07 noviembre de 2018, y 1069 del 15 de julio de 2019, de la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la parte primera de la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, procede a resolver de fondo el recurso de reposición interpuesto en audiencia de 17 de diciembre de 2019 y sustentado el 7 de enero de 2020, en la actuación adelantada contra el Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., por el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la Cláusula 12 y numeral 40 de la Cláusula 20 del Contrato de Concesión Portuaria 001 de 2016, previas las siguientes:

I. CONSIDERACIONES

Que, la Gerente del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la Agencia Nacional de Infraestructura en ejercicio de las facultades legales conferidas mediante Resoluciones ANI No. 273 de 13 de febrero de 2018, 2042 de 07 noviembre de 2018, y 1069 del 15 de julio de 2019, de la Agencia Nacional de Infraestructura, en adelante ANI, en virtud de lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y según lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en armonía con lo dispuesto en la parte primera de la Ley 1437 de 2011 para lo no previsto en la norma especial que disciplina este tipo de procedimientos, profirió la Resolución 1904 de 17 de diciembre de 2019, *"Por medio de la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro"*.

Que, a través de la Resolución 1904 de 2019 la Gerente del GIT Procedimientos Administrativos Sancionatorios Contractuales de la Agencia Nacional de Infraestructura resolvió lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO. – DECLARAR el incumplimiento de LA SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A., a las obligaciones contractuales contenidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión No. 001 de 2016.

ARTÍCULO SEGUNDO. - IMPONER Y HACER EFECTIVA LA MULTA prevista en la Cláusula 23 del contrato de concesión 001 de 2016, la cual corresponde a CIENTO NOVENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS SETENTA Y UN DÓLARES AMERICANOS (USD 193.271), cuyo valor se deberá cancelar conforme con la TRM del día del pago, de acuerdo con la parte considerativa de la presente resolución.

PARÁGRAFO: El valor señalado en este artículo se deberá pagar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente acto administrativo.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

ARTÍCULO TERCERO. – DECLARAR LA OCURRENCIA DE SINIESTRO DE INCUMPLIMIENTO amparado por la Póliza de cumplimiento No. 85-44-101079846, expedida el 22 de noviembre de 2016, por SEGUROS DEL ESTADO S.A, en la que actúa como tomador y afianzado LA SOCIEDAD PORTUARIA BULLPESA S.A., y como asegurado la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA -ANI, en su amparo de cumplimiento el cual cubre las multas derivadas del retraso en el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el Contrato de Concesión 001 de 2016, en el evento en que el Concesionario se abstenga de efectuar el pago de la multa aquí impuesta.

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 el contenido de la presente Resolución a la Cámara de Comercio de Cartagena y comuníquese 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 SÉPTIMO. - 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.

ARTÍCULO OCTAVO - Enviar copia ejecutoriada de la presente resolución al Grupo Interno de Trabajo de Defensa Judicial de la ANI para el cobro y trámites a que haya lugar.

ARTÍCULO NOVENO - ARCHIVAR el expediente una vez en firme esta decisión."

Que, el 17 de diciembre de 2019 en las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, en audiencia a la que asistieron el Representante Legal del Concesionario Bullpesa S.A., y el apoderado de la Aseguradora Seguros del Estado S.A., se procedió a dar lectura y a notificar la Resolución 1904 de 2019, tal como consta en el audio y video de la diligencia.

Que, en dicha audiencia el Representante Legal del Concesionario Bullpesa S.A., y el apoderado de la Aseguradora Seguros del Estado S.A, interpusieron recurso de reposición en contra de la Resolución 1904 de 17 de diciembre de 2019.

Que, con el fin de permitir al Representante Legal del Concesionario y al apoderado de la Aseguradora sustentar su recurso contra la Resolución 1904 de 2019, se resolvió suspender la audiencia hasta el 03 de enero de 2020.

Que, en ese estado de la diligencia el Representante Legal de la sociedad portuaria Bullpesa S.A., indicó que como quiera que para la fecha fijada no se encontraría en Colombia, requería que la continuación de la audiencia fuera aplazada para el día 07 de enero de 2020, como consecuencia de esto el Despacho accedió a la solicitud, fijando como fecha de continuación de la diligencia el día 07 de enero de 2020 a las 9:30 am, con lo cual los intervinientes de la audiencia estuvieron de acuerdo.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

Que el 07 de enero de 2020 siendo las 9:30 am, en las instalaciones de la Agencia Nacional de Infraestructura, con la participación del representante legal del Concesionario y el apoderado del Garante, se procedió a dar inicio a la sesión de audiencia programada, con el fin de que los citados sustentaran el recurso de reposición interpuesto, sin embargo, previo al inicio de la diligencia se hizo necesario resolver la solicitud efectuada por el Representante Legal de la Sociedad Bullpesa S.A., solicitud remitida vía correo electrónico a las 8:32 a.m. la cual se transcribe:

"Buenos días en vista de que me encuentro actualmente en los Estados Unidos de América, me es imposible estar en la audiencia de hoy a las 9:30 A M, por tal motivo solicito aplazamiento para el día 24 de enero de 2020 ya que en el derecho fundamental al debido proceso no he podido encontrar un Abogado que me represente. El 24 de enero estaré asistiendo a la audiencia a la hora que ustedes determinen. Muchas gracias".

Que dicha solicitud se resolvió en audiencia de la siguiente manera:

"Al respecto resulta necesario recordar de un lado, que la defensa técnica no es necesaria en este tipo de procedimientos, al tenor del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que indica:

Artículo 86. (...). "Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad;"

De manera que, la representación de los intereses de la persona jurídica citada se encuentra de manera idónea, por remisión normativa expresa, en cabeza de su representante legal, persona que por demás conoce en detalle las vicisitudes fácticas que rodearon el inicio del proceso sancionatorio que nos ocupa.

De otro lado, vale la pena recordar que la sustentación del recurso se encontraba inicialmente programada para el día 3 de enero de 2020, desde dicha sesión de audiencia se indicó la importancia de que la reanudación respectiva a efectos de sustentar los recursos en debida forma se hiciera dentro del menor tiempo posible, aludiendo a la posibilidad de acudir a través de los medios tecnológicos dispuestos para el efecto en caso de que los apoderados no pudiesen asistir de manera presencial.

En dicha sesión el representante legal indicó que estaría fuera del país, razón por la cual, consensuadamente se determinó que fuese para el día de hoy la diligencia, con solicitud de utilización de medios tecnológicos – SKYPE- por parte del representante legal.

Por lo anterior no es posible acceder al requerimiento de reprogramación de audiencia, pues este tipo de procedimientos se encuentra inspirado por el principio de celeridad y eficacia, tal y como se desprende de la exposición de motivos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a saber^[1]:

*"El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de **dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas**, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento" (Negrita fuera de texto).*

En efecto, el objetivo del legislador fue dotar a la Administración de un procedimiento ágil, expedito y dirigido a conminar al Concesionario al cumplimiento de las obligaciones contractuales y proteger el interés público de los efectos nocivos de estos incumplimientos, cuestión que sólo sería posible, si se agotan los hitos determinados en dicho artículo en una sola audiencia, que sea llevada a cabo en el menor tiempo posible, de conformidad con la naturaleza de las obligaciones que en este caso tienen raigambre general tal y como lo indica la norma."

Que, en este estado de la diligencia y conforme a lo dispuesto en el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a retomar la audiencia en el estado en el que fue suspendida el 17 de diciembre

^[1] Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 142 de 2010, Senado. Gaceta del Congreso 784 del 19 de octubre de 2010.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro.”

de 2019 a efectos de que los citados sustentaran el recurso de reposición interpuesto, argumentos que se expondrán en el siguiente acápite.

II. DE LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

2.1. Recurso de Reposición de BULLPESA S.A.

El representante legal del Concesionario presentó la sustentación al recurso, la cual, de acuerdo con su versión oral se concreta en los argumentos que se transcriben literalmente a continuación:

“Yo insisto en que la podamos aplazar hasta el día 24, también insisto en que nosotros hemos pasado unas cartas aquí se trata de que nosotros hagamos no de que nosotros nos quebramos, indudablemente uno de lo que dicen ellos, ustedes dicen que el 70% es la mayoría de la sociedad portuaria, el 70% es lo que determina lo que se puede y no se puede hacer, por lo tanto yo solicito que se aplaze la audiencia para el día 24 de enero.

Y sigo sosteniendo los mismos argumentos, nosotros fuimos los que solicitamos eso ustedes lo aceptaron, pedimos el aplazamiento enseguida en febrero del año siguiente firmamos un documento, que me pidieron allá en la ANI, documento de inicio de obra, aunque sabían que nosotros habíamos pedido un aplazamiento, lo cual nos habían contestado.

Hoy seguimos diciendo que el negocio para Bullpesa, seguimos, para hacerlo hoy no tenemos dinero para hacerlo, en este momento no hay dinero para invertir en eso, y si nosotros hubiéramos invertido en el momento de que hubiéramos empezado hoy estábamos más quebrados, deberíamos de pagarles un poco de plata que no la tendríamos y más y bien quebrados, yo creo que la finalidad de estos negocios es que ganemos las partes, pero si una sola parte está ganando que parece que es la ANI que es la que está con artículos y todo, con todos sus artículos, yo entiendo esa parte, pero yo no creo que la finalidad de la ANI sea de quebrar a las empresas, es colaborarle en las cosas, por eso yo he mandado pedir aplazamiento y siempre me lo han negado hasta que aparecieron con la sanción.

También yo me pregunto, o sea, ¿si nosotros aceptáramos hoy la sanción, supongamos, el día de mañana seguimos con más sanciones? Porque en este momento no podemos hacer eso porque no hay dinero y ustedes saben que en Colombia está escaso el dinero, nadie presta para esa inversión, y adicional a eso en esa época había quien arrendara los tanques, lo que íbamos a hacer y el buen uso del muelle, pero hoy está bien difícil eso porque en Colombia no están importando nada, ni está exportando mucho, entonces, ahora sucedió antes de ayer que se mejoró el precio del petróleo es correcto, pero antes de ayer, pero si se arregla el conflicto entre Estados Unidos e Irán, pues ya vuelve y baja el petróleo constantemente, si no pues va a llegar a cien dólares y va a ser buen negocio, pero eso nadie lo prevé, nadie puede prever que vaya a haber un conflicto entre Irán y los Estados Unidos para que suba el petróleo, la idea de nosotros era almacenar el petróleo o derivados del petróleo, por eso íbamos a hacer el muelle, pero lamentablemente en el momento en que recibimos respuesta de ustedes, se cayó el precio del petróleo, la única empresa que ha gastado dinero elaborando todos los documentos tanto lo del medio ambiente, como de lo de la ANI hemos sido nosotros, y pagando unos intereses carísimos de un lote que realmente no está produciendo, eso es lo que yo digo, para nosotros es imposible, yo por eso les pido que aplacemos y miremos a ver si llegamos a un acuerdo, porque no podemos seguir, ustedes sancionándonos y sancionándonos de plata de donde no la hay”.

2.2. Recurso de Reposición de la Compañía SEGUROS DEL ESTADO S.A.

El apoderado de la aseguradora manifestó que previo sustentar el recurso por parte de Seguros del Estado S.A., solicita se le aclare si se aplazará la audiencia por cuanto el apoderado del concesionario no cuenta con un abogado, o si se entiende que lo presentado por el representante legal del concesionario funge como sustentación del recurso.

Frente a esta particular inquietud, el Despacho en audiencia contestó que desde el inicio de la sesión se fijaron las bases del desarrollo de la audiencia, y se recuerda que la solicitud de aplazamiento fue resuelta en forma negativa, además, tal y como quedó en el registro de audio y video, el

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

concesionario tuvo ya la oportunidad de presentar la sustentación de su recurso, la cual en efecto presentó.

Una vez argumentado lo anterior por parte del Despacho, otorgó la palabra al apoderado de la aseguradora para fines de sustentación de recurso.

En consecuencia, al tomar la palabra, realiza la presentación de sus argumentos, a saber:

a) Vulneración del artículo 1060 del Código de Comercio: Basa la vulneración indicada en que existe una agravación del estado del riesgo, pues la administración a través del supervisor del contrato no informó, a la aseguradora, de manera inmediata, sobre la configuración de los presuntos incumplimientos que se venían presentando en la ejecución del contrato una vez firmada el acta de inicio, y cita el artículo 1.060 del código de comercio así:

"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.

La notificación se hará con antelación no menor de diez días a la fecha de la modificación del riesgo, si ésta depende del arbitrio del asegurado o del tomador. Si le es extraña, dentro de los diez días siguientes a aquel en que tengan conocimiento de ella, conocimiento que se presume transcurridos treinta días desde el momento de la modificación.

Notificada la modificación del riesgo en los términos consignados en el inciso anterior, el asegurador podrá revocar el contrato o exigir el reajuste a que haya lugar en el valor de la prima.

La falta de notificación oportuna produce la terminación del contrato. Pero sólo la mala fe del asegurado o del tomador dará derecho al asegurador a retener la prima no devengada.

Esta sanción no será aplicable a los seguros de vida, excepto en cuanto a los amparos accesorios, a menos de convención en contrario; ni cuando el asegurador haya conocido oportunamente la modificación y consentido en ella"

Sobre el particular, cita el apoderado, la sentencia del Consejo de Estado de fecha 16 de mayo de 2019, identificada bajo el Exp. 40102, que reza:

"Es pertinente recalcar que, en el seguro de cumplimiento constituido para garantizar el contrato estatal y, bajo lo establecido en el artículo 1037 del Código de Comercio¹, obran como partes, el asegurador—vale decir, la compañía de seguros que expide la respectiva póliza y que asume la obligación de cubrir el riesgo amparado con la misma—y el tomador—en este caso, el contratista del Estado que celebra el contrato de seguro con la aseguradora, pero no es el titular del interés asegurable, sino que toma el seguro a favor de un tercero que es, precisamente, la entidad pública—Adicionalmente, toda vez que el contratista—tomador—solicita la constitución de la garantía a favor de la entidad estatal contratante, esta interviene en la relación comercial de la garantía única como sujeto asegurada y como beneficiaria del seguro, por ser la titular del interés patrimonial cubierto con el seguro.

Así entonces, como lo explica la doctrina, el seguro de cumplimiento "existe como seguro patrimonial de daños, cuyo interés asegurable es que el acreedor en una relación contractual [el Estado contratante] sea indemnizado en caso de incumplimiento del deudor [particular contratista]"².

Tal identificación de las partes resulta de particular relevancia en el examen del presente caso, dada la necesidad de establecer con claridad que, en el contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales —es decir, en la garantía única—, el riesgo que se cubre es aquel originado en el incumplimiento del

¹ "Son partes del contrato de seguro: 1) El asegurador, o sea la persona jurídica que asume los riesgos, debidamente autorizada para ello (...), y 2) El tomador, o sea la persona que, obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos".

² COHECHA L. César. Teoría general del contrato estatal y régimen de declaración de siniestros. Bogotá D.C., Editorial Ibáñez, 2016 (p-186).

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

contratista tomador, que es el llamado por la ley a constituir la aludida garantía, precisamente para avalar o afianzar sus obligaciones contractuales adquiridas con el Estado.

En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado.

(...)

Sin embargo, la regla en mención se mantiene incólume frente al asegurado en el marco de la contratación pública, pues siendo el Estado asegurado un sujeto distinto del tomador, su conducta viciada con dolo o culpa grave o sus actos meramente potestativos, determinantes en la provocación del siniestro, no pueden ser cobijados por el seguro, pues ello cohonestaría un inadmisibles abuso del derecho de la administración y atentaría contra el principio de la buena fe, el cual, como lo establece el artículo 83 de la Constitución Política, debe regir todas las actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares."

Continúa con su intervención insistiendo en que para el caso en concreto el acta de inicio de este contrato de concesión se suscribió en el mes de febrero del año 2018 y solo hasta el mes de agosto de 2019 la entidad asegurada a través de una citación a audiencia, informó a la compañía aseguradora de los incumplimientos en los cuales se encuentra inmerso el contratista sociedad portuaria Bullpesa S.A.

Manifiesta que eso significa que Seguros del Estado S.A., no fue informada por parte del supervisor del contrato durante este lapso es decir aproximadamente durante año y medio, situación que agravó el estado del riesgo del contrato de seguro y lo cual podría en otro escenario obviamente conllevar a la terminación de este.

Indicó además, que tal incumplimiento por parte de la supervisión del contrato se podría evidenciar como una vulneración del artículo 84 de la ley 1474 de 2011 así como los artículos o las normas atinentes a la responsabilidad de los servidores públicos establecidos en el artículo 51 y siguientes de la ley 80 de 1993.

b) Culpa exclusiva de la ANI con relación al incumplimiento del objeto contractual: Manifestó que la culpa exclusiva de la víctima como eximente de responsabilidad se presenta cuando la persona que padece el daño desarrolló una conducta contraria a la que debió haber observado o cuando la actividad desplegada que produjo la causación del daño provino del actuar imprudente de quien lo originó o lo padeció, al respecto frente al particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 25 de julio de 2002, Exp. 13744, manifestó lo siguiente:

"(...) Específicamente, para que pueda hablarse de culpa de la víctima jurídicamente, ha dicho el Consejo de Estado, debe estar demostrada además la simple causalidad material según la cual la víctima directa participó y fue causa eficiente en la producción del resultado o daño, el que dicha conducta provino del actuar imprudente o culposo de ella, que implicó la desatención a obligaciones o reglas a las que debía estar sujeta.

Por tanto, puede suceder en un caso determinado, que una sea la causa física o material del daño y otra, distinta, la causa jurídica la cual puede encontrarse presente en hechos anteriores al suceso, pero que fueron determinantes o eficientes en su producción. Lo anterior permite concluir que si bien se probó la falla del servicio también se demostró que el daño provino del comportamiento exclusivo de la propia víctima directa, la cual rompe el nexo de causalidad; con esta ruptura el daño no puede ser imputable al demandado porque aunque la conducta anómala de la Administración fue causa material o física del daño sufrido por los demandantes, la única causa eficiente del mismo fue el actuar exclusivo y reprochable del señor ..., quien con su conducta culposa de desacato a las obligaciones a él conferidas, se expuso total e imprudentemente a sufrir el daño (...)"

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

Continúa indicando que es importante manifestarle a la ANI que este argumento obviamente va ligado con la argumentación del artículo 1060 ante la omisión por parte de la administración de informar a Seguros del Estado S.A, de los incumplimientos que se venía presentando, situación que de haberse conocido en su momento, hubiera permitido que Seguros del Estado S.A., hubiese conminado de manera oportuna al contratista para el cumplimiento mismo si se hubiera tenido conocimiento de la situación que se estaba presentando.

En este orden de ideas solicita a la ANI se revoque la Resolución 1904 de 17 de diciembre de 2019 con base en los argumentos ya expuestos y se permita a la sociedad portuaria Bullpesa, llegar a un acuerdo para poder, si a bien lo consideran las partes, dar por terminado el contrato garantizado.

Es procedente indicar, que las partes en la sustentación de los recursos no solicitaron la práctica de prueba alguna.

III. ANÁLISIS DE LOS ARGUMENTOS DE LOS RECURSOS

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por el Representante Legal del Concesionario y el apoderado de la Aseguradora, la Entidad debe resolver si existe mérito para revocar la Resolución 1904 de 2019 que ha sido impugnada o si por el contrario debe confirmarla.

3.1. EN PUNTO A LOS ARGUMENTOS ESBOZADOS POR EL CONCESIONARIO:

3.1.1 Cuestión previa:

Sea lo primero indicar que, como argumento de sustentación del recurso, el citado presentó la necesidad de aplazar la sesión de audiencia nuevamente ante la imposibilidad de defensa técnica y por encontrarse fuera del país su apoderado, ante lo cual, desde ya debe manifestarse, que no constituye argumento alguno de disenso con los presupuestos de la resolución impugnada, y que, a la solicitud presentada, el Despacho le dio respuesta en su oportunidad.

En efecto, en este tipo de procedimientos administrativos se encuentra determinado por norma que la defensa material es válida y es posible realizarla en cabeza del Representante Legal del contratista.

Al respecto ha reconocido la Corte Constitucional de manera inveterada³ que el derecho a la defensa es la:

"(...) oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oída, de hacer valer las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como ejercitar los recursos que la otorga. La doctrina ha establecido que el derecho a la defensa "concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer sus facultades de presentar argumentaciones y pruebas. De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primero lugar el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica.

(...) Es relevante el derecho a la defensa para efectos de disponer de asistencia técnica que permita a los sujetos procesales ser oído y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que lo afecta, ya sea por medio de un abogado designado por confianza o uno asignado por el Estado en casos en que procede el amparo de pobreza. No obstante, como el derecho a la defensa técnica suele realizarse a través de actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser

³ C.Const.T-544, 21/Ago./2015, M.González recogiendo entre otras las sentencias C-025/2009 y T-751A de 1999.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicado con tácticas diversas."

Respecto de la obligatoriedad de la defensa técnica se indica que no en todos los procesos aplica y que al respecto el legislador en este punto es quien tiene la potestad de determinar en cuáles resulta facultativo, sobre el punto se ha pronunciado el Consejo de Estado⁴:

"(...) la defensa técnica es un aspecto fundamental del derecho al debido proceso penal y no opera de la misma manera en derecho disciplinario, toda vez que en esta área la participación de un apoderado del disciplinado no es obligatoria, sino facultativa. Si bien la exigencia constitucional de la defensa técnica ha sido circunscrita al proceso penal y no se extiende siempre a otro tipo de procesos, el legislador puede, en ejercicio de su potestad de configuración, extenderla. acorde con ello, afirmó que no es obligatorio que en procesos los disciplinarios se cuente con una defensa técnica y cuando no se le informe al investigado que puede contar con un apoderado ello de por sí no da lugar a la nulidad de una decisión, pues se debe demostrar que esta omisión en tal sentido afectó de manera grave el derecho al debido proceso."

Frente a la necesidad de contar con un abogado en el procedimiento administrativo sancionatorio consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, el literal b) establece lo siguiente:

"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. Acto seguido se concederá el uso de la palabra al representante legal del contratista o a quien lo represente, y al garante, para que presenten sus descargos, en desarrollo de lo cual podrá rendir las explicaciones del caso, aportar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad" (Negritas fuera de texto)

De manera que, la defensa técnica se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, la cual puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio *"impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado"*⁵.

La Corte Constitucional⁶ calificó como un defecto procedimental absoluto la falta de defensa técnica al siguiente tenor:

*"En relación con el defecto procedimental esta corporación ha señalado que se presenta cuando el funcionario judicial encargado de adoptar la decisión no actúa cifiéndose a los postulados procesales aplicables al caso y por el contrario desconoce de manera evidente los supuestos legales, lo cual finalmente deriva en una decisión manifiestamente arbitraria que de paso vulnera derechos fundamentales. En cuanto al defecto procedimental absoluto, es que es procedente la acción de tutela siempre y cuando se verifique (i) falta de defensa técnica, (ii) omisión de etapas procesales fundamentales y (iii) la ausencia de notificación de providencias que deben ser notificadas. En cuanto a la "falta de defensa técnica", se precisa que es procedente invocarla siempre y cuando se corrobore que dicha situación tiene efectos procesales relevantes y que los mismos no son atribuibles a quien la alega. Es decir, que la falta de defensa técnica no se hubiese dado por causa de la negligencia, incuria o abandono total del proceso por parte de quien la alega, en la medida en que ello deslegitima el interés en la protección"*⁷.

⁴ CE2, 1-Dic-2016, G. VALBUENA, Rad.: 11001032500020110013200

⁵ Sentencia T-018/17

⁶ Sentencia T-018/17

⁷ Sentencia T-309 de 2013

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

Así mismo, la jurisprudencia constitucional⁸ ha esbozado unos criterios a fin de determinar en qué casos se podría constituir la vulneración de los derechos fundamentales, por falta de defensa técnica:

"(i) que efectivamente existieron fallas en la defensa que, desde ninguna perspectiva posible, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la estrategia de defensa adecuada;

(ii) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado;

(iii) que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto definitivo y evidente sobre la decisión judicial de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados - sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental-;

(iv) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de los derechos fundamentales del procesado".

En el proceso que se adelanta, es la misma norma, es decir, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, que en su literal b) dispone que al Representante Legal del contratista o a quien lo represente, se le concederá el uso de la palabra para que exponga sus descargos, rinda las explicaciones del caso, aporte y controvierta las pruebas que han sido presentadas, e interponga y sustente el recurso de reposición respectivo.

De manera que, la defensa de los intereses del Concesionario respecto al presunto incumplimiento de las obligaciones endilgadas puede ser asumida tanto por su representante legal como por su apoderado (por cualquiera de los dos), ya que la Ley no determina que sea únicamente un abogado con su conocimiento técnico especializado, quien sea el responsable de presentar los argumentos y pruebas a fin de controvertir aquellos que expone la Entidad. De hecho, si constituía intención del concesionario defender los intereses de la sociedad que representa a través de abogado, debió actuar con diligencia, ya que desde julio de 2019 tuvo noticia de la citación al procedimiento administrativo sancionatorio contractual, de manera que contó con el tiempo suficiente a efectos de aprestar su defensa técnica.

Verificada la validez de la defensa ejercida en el proceso administrativo sancionatorio contractual por el representante legal del concesionario, fuerza recordar además, que el literal a) del tantas veces mencionado artículo 86, estipula que evidenciado un posible incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, la entidad pública lo citará a audiencia para debatir lo ocurrido y que se elaborará para ello una citación, en la cual *"se establecerá el lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia, la que podrá tener lugar a la mayor brevedad posible, atendida la naturaleza del contrato y la periodicidad establecida para el cumplimiento de las obligaciones contractuales"*.

Con lo anterior, se refuerza que el término que se concede al Concesionario y a los garantes para presentar el sustento del recurso de reposición no puede extenderse en el tiempo.

Ahora bien, en lo que atañe a la argumentación del concesionario según la cual, requiere del aplazamiento en tanto se encuentra fuera del país, vale la pena recordar que la sustentación del recurso se encontraba inicialmente programada para el día 3 de enero de 2020 y a petición de los citados fue reprogramada para el 7 de enero de 2020, así, desde el momento en que se fijó fecha para reanudación de audiencia se indicó la importancia de que la reanudación se realizara en el menor tiempo posible, aludiendo a la posibilidad de acudir a través de los medios tecnológicos dispuestos para el efecto, en caso de que los apoderados no pudiesen asistir de manera presencial.

De lo anterior se colige que las reglas de comparecencia y las fechas fijadas obedecieron a consenso y al cumplimiento cabal de la normativa.

⁸ Sentencia T-654 de 1998, posición reiterada en las sentencias: T-776 de 1998, T-957 de 2006, T-737 de 2007 y T-544 de 2015.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro.”

Finalmente, el 07 de enero de 2020, el concesionario sí compareció, a través de medios tecnológicos.

Todo lo relatado para indicar que las fechas fijadas por la administración no obedecen a mera discrecionalidad, pues este tipo de procedimientos se encuentra inspirado por los principios de celeridad y eficacia, tal y como se desprende de la exposición de motivos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, a saber⁹:

“El Estado debe poder contar con instrumentos efectivos para apremiar el cumplimiento del contrato, como para sancionar al contratista incumplido y proteger el interés público de los efectos nocivos de los incumplimientos. A pesar del progreso hecho a ese respecto por la Ley 1150 de 2007, es necesario complementarla a propósito de dotar a la entidad estatal de un procedimiento expedito para adoptar esas medidas, respetando en todo momento el debido proceso. Para el efecto se establece un procedimiento administrativo oral, de una audiencia, para que previa citación, el contratista ejerza su derecho a la defensa, y la entidad adopte la decisión que corresponda en relación con la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento” (Negrita fuera de texto).

En efecto, el objetivo del legislador fue dotar a la Administración de un procedimiento ágil, expedito y dirigido a conminar al Concesionario al cumplimiento de las obligaciones contractuales y proteger el interés público de los efectos nocivos de estos incumplimientos, cuestión que sólo sería posible, si se agotan los hitos determinados en dicho artículo en una sola audiencia. Por lo expuesto no se observa vicio alguno en torno en las negativas de la Entidad con miras a reprogramar la sesión de audiencia de sustentación del recurso de reposición.

Aclarado el punto anterior, resulta pertinente entrar en el fondo de los argumentos de disconformidad presentados por los citados en relación con la Resolución ANI 1904 de 2019.

3.1.2. De la sustentación del recurso por parte del concesionario:

El representante Legal del concesionario continúa su sustentación indicando que fue la sociedad quien solicitó la concesión y la Entidad la aceptó y que en este momento no tiene dinero para hacer el negocio, que la finalidad de estos negocios es que ambas partes ganen, pero en este caso la única parte que está ganando parece que es la ANI, porque la sociedad no tiene dinero para invertir y no puede cumplir.

Así mismo refiere, que no es posible prever la situación del precio del petróleo, la idea de la sociedad era almacenar el petróleo o derivados de este, con eso se iba a construir el muelle, pero lamentablemente desde que se recibió respuesta de la Entidad, se cayó el precio del petróleo. Finalmente insta a la Entidad a llegar a un acuerdo.

A partir de dichos argumentos se desarrollarán las ideas presentadas por el Concesionario de la siguiente manera, a fin de atender el recurso propuesto por este:

3.1.2.1. De la autonomía de la voluntad de las partes y obligatoriedad de cumplimiento del contrato (pacta sunt servanda): frente a este argumento vale recordar que el efecto de los acuerdos de voluntades es su fuerza vinculante, la cual va estrictamente ligada con la ordenación de intereses que estos vínculos pretenden regular, en materia estatal este asunto se encuentra contemplado en el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, en el cual se otorga la definición al contrato estatal de la siguiente manera:

⁹ Informe de ponencia para primer debate al proyecto de ley 142 de 2010, Senado. Gaceta del Congreso 784 del 19 de octubre de 2010.

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro.”

“Son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad” (Subrayado fuera del texto)

De dicha norma se desprende la facultad con que cuenta la administración para celebrar contratos y a su vez la obligación de que aquellos deberes pactados en la relación contractual sean cumplidos, en acatamiento del ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La doctrina ha definido la autonomía de la voluntad de las partes como:

“(…) la atribución del poder suficiente para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, encuentra en el contrato su más fecunda aplicación, porque en materia contractual la ley no asume, por regla general, una actitud dispositiva, vale decir, imperativa, sino que más bien procura reconocer y amparar las manifestaciones de la voluntad de los contratantes, e interpretarlas o suplirlas solo cuando sean oscuras o deficientes. Esta actitud de la ley frente al contrato se explica, precisamente, por la circunstancia de consistir este en un acuerdo entre las partes. Las obligaciones que nacen del contrato no encuentran su origen ni en la sola voluntad del acreedor ni en la sola voluntad del deudor, sino en el hecho de haber pactado ambos las restricciones jurídicas a su cargo y las facultades correlativas.”¹⁰ (Subrayado fuera del texto)

En ese orden de ideas, el acuerdo de voluntades se configura como un negocio jurídico por medio del cual las partes emiten su voluntad con el fin de pactar, modificar o extinguir obligaciones. Este acuerdo para los contratos de concesión es bilateral, es decir, la voluntad no se origina en una de las partes exclusivamente, sino en el pacto correlativo de la relación contractual.

Así las cosas, dado que el contrato tiene fuerza obligatoria, el mismo transforma esa autonomía de las partes en normas de obligatorio cumplimiento para quienes participan en su creación, y de allí la máxima legal definida en el Código Civil¹¹, *El contrato es ley para las partes*.

Por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que al obligarse a través de un contrato, surge para los contratantes la firme convicción de que los mutuos intereses serán satisfechos en los términos pactados, confianza de cumplimiento prestacional que se funda en el derecho, la desatención de la conducta esperada por una de ellas, y consecuente frustración de la necesidad por el cocontratante confiado, es objeto de reproche.

Así, la vocación de los acuerdos de voluntades es de cumplimiento, la patología contractual tiene efectos, y ello se explica por el quebranto a la buena fe que la desatención obligacional trae aparejada y por la seguridad jurídica de que están revestidas las relaciones negociales, en el presente caso, las consecuencias aludidas vienen determinadas desde el pacto mutuo, que en su cláusula 23 dispuso:

“CLAUSULA 23 MULTAS

El CONCEDENTE podrá imponer multas al CONCESIONARIO en los siguientes eventos:

(…)

- i. Por no ejecutar el plan de inversión propuesto dentro del cronograma y presupuesto aprobados, se podrán causar multas hasta por el CINCO POR CIENTO (5%) del valor de las inversiones que deje de ejecutar en el periodo pactado contractualmente”*

Por lo anterior, sustraerse de lo acordado de manera unilateral, y siendo esta una desatención obligacional subsanable, erige en cabeza de la Entidad Estatal la posibilidad de conminación de lo debido.

¹⁰ Ospina Fernández Guillermo, Régimen General de las obligaciones, Sexta Edición, Editorial Temis, 1998, Bogotá.

¹¹ Artículo 1602

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

Es por ello por lo que no resulta atendible el argumento de imposibilidad de cumplimiento esgrimido por el representante legal de la sociedad concesionaria, debido a la carencia de dinero para acometer la obligación declarada incumplida, puesto que fueron las partes mismas las que determinaron el alcance de las obligaciones en uso de su consentimiento y en ese sentido asignaron efecto a las faltas que pudieren cometerse en ejecución de lo pactado.

Resulta oportuno recoger el sentir del representante legal del Concesionario cuando indica que la concesión es de iniciativa privada, pues, al ser de iniciativa privada, y al provenir la solicitud de concesión por parte de la sociedad citada, no quiere decir que el concesionario pueda deshacer cuando quiera el negocio, o modificarlo a su antojo, pues justamente al ser de iniciativa privada, se espera que el privado desde la estructuración actúe con mayor diligencia y cuidado a efectos de que una vez otorgada la concesión, esta se pueda ejecutar sin mayores tropiezos; al respecto, se ha indicado:

"De esta manera, en las controversias relativas a contratos de concesión celebrados en desarrollo de una iniciativa privada, siempre deberá tenerse en cuenta que le corresponde al particular que presenta la iniciativa privada asumir las consecuencias de los errores en la estructuración, así como de los riesgos que pudieron ser considerados"¹².

En el presente caso, de iniciativa privada, el concesionario efectuó la propuesta una vez valorados los riesgos y las prestaciones a cargo, pues al suscribir el contrato las aceptó y asumió, y en esa medida, no resulta admisible que pretenda ahora presentar en su favor una situación que él asumió.

Ahora bien, en el contrato de Concesión se establecieron reglas, bajo la premisa de que se cumpliría con todo aquello que se convino de manera consciente y libre, pues la voluntad de las partes obliga luego de la suscripción de la relación contractual a su estricto cumplimiento, lo anterior se soporta en el Código Civil Colombiano en su artículo 1602 y se concreta en el principio *"lex contractus, pacta sunt servanda"* sobre el que el Consejo de Estado ha manifestado:

"Desde el punto de vista de la teoría general del contrato, éste es un acto jurídico generador de obligaciones que tiene su fundamento primario en el principio de la autonomía de la voluntad -aunque matizado por ciertos límites que, por diversas razones, son establecidos por el legislador-, en el sentido de que las partes concurren a su celebración y en consecuencia asumen las obligaciones correlativas, por una libre y autónoma decisión de acudir a este procedimiento de intercambio económico y por ello, en general, la ley debe operar sólo de manera supletiva, frente a los vacíos que las partes hayan podido dejar respecto de la regulación de su relación y sólo para llenar esas lagunas de la voluntad. Y precisamente de ese pilar en el que descansa la relación contractual, es que se desprende el principio del pacta sunt servanda, es decir la fuerza obligatoria del contrato mediante el principio del respeto a la palabra empeñada, en la medida en que las cláusulas del negocio jurídico resultan vinculantes para las partes y deben ser respetadas y cumplidas a lo largo de toda la ejecución del contrato; como desarrollo de tal principio, el Código Civil en su artículo 1602 establece que "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales", disposición que evidencia la importancia que reviste a la hora de ejecutar un contrato, la voluntad de las partes que se obligaron mediante su celebración".¹³

El Consejo de Estado se ha referido acerca de la fuerza obligatoria de los contratos de la siguiente manera:

Es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución

¹² Tribunal de Arbitraje Concesión Vial de los Llanos SAS Vs Agencia Nacional de Infraestructura, 28- Feb.-2019.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. 18 de septiembre de dos mil tres (2003). Radicación Número: 70001-23-31-000-1996-05631-01(15119) Actor. Sociedad Castro Tcherassi y Compañía Ltda. Demandado: Instituto Nacional de Vías.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...). En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio "lex contractus, pacta sunt servanda", consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial.¹⁴ (Subrayado fuera del texto)

De la Jurisprudencia citada se desprende que el acuerdo de voluntades al momento de la suscripción del contrato conlleva la fuerza vinculante del cumplimiento de las obligaciones pactadas, y la consecuencia jurídica de su incumplimiento tal como está contemplado en el clausulado implica la imposición de sanciones, a menos de que en algún momento sea controvertida la situación fáctica que originó el procedimiento y se determine que efectivamente no existió tal inobservancia a la ejecución contractual o, que siendo cierto el incumplimiento se demuestre que el Concesionario está cubierto bajo un eximente de responsabilidad, lo cual, no ha sido probado en desarrollo de la presente audiencia.

No es de recibo entonces que el Concesionario manifieste que no puede cumplir con la ejecución del plan de inversión, como excusa para la revocatoria del acto administrativo discutido, toda vez que como se dejó suficientemente explicado en la Resolución 1904 de 2019, las estipulaciones contractuales consignadas en el Contrato de Concesión Portuaria No 001 de 2016 se derivaron de la solicitud de concesión portuaria efectuada por este, de la autonomía de la voluntad, y provino de la construcción conjunta de las partes, en el marco de lo dispuesto en la Ley 01 de 1991.

En efecto, el Contrato de Concesión Portuaria No 001 del 04 de noviembre de 2016, estableció en el numeral 40 de la Cláusula 20, la obligación en cabeza del Concesionario consistente en la realización de las inversiones, que de conformidad con el artículo quinto de la ley 1 de 1991¹⁵ constituye uno de los propósitos principales del Contrato de Concesión Portuaria.

En ese orden de ideas y dado que los argumentos del recurrente no se dirigieron a probar el cumplimiento de la obligación, se debe indicar que la obligación referida en el inciso anterior hoy en día sigue encontrándose incumplida y de hecho el Representante Legal de la Sociedad en la sustentación esbozada aceptó de facto la imposibilidad que tiene la Sociedad Concesionaria de dar cumplimiento a las inversiones sin argüir situación alguna que lo exima de dicha responsabilidad.

3.1.2.2 De la falta de recursos en cabeza del Concesionario para ejecutar el negocio: El Representante Legal del Concesionario justifica su incumplimiento en la falta de recursos debido a que la expectativa de ganancias con la que la sociedad inició la concesión no se vio cumplida dada la volatilidad del precio del crudo.

Desde ya, debe indicarse que aceptar como excusa para el incumplimiento de obligaciones la falta de recursos por parte del contratista sería tanto como desatender el principio de que nadie puede alegar a su favor su propia culpa, el poder vinculante del acuerdo de voluntades y privilegiar la inseguridad jurídica en el tráfico de bienes y servicios.

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION B, Consejero ponente (E): DANILO ROJAS BETANCOURTH, Bogotá D.C., treinta (30) de enero de dos mil trece (2013), Radicación número: 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217)

¹⁵ Ley 1 de 1991 – Artículo 5 numeral 5.20. Sociedad portuaria. Reglamentado por el Decreto 4681 de 2008, son sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las sociedades portuarias podrán también prestar servicios de cargue y descargue, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

Resulta pertinente recordar que las obligaciones nacen a la vida jurídica para cumplirlas en los términos pactados so pena de sanciones, y al respecto, el concesionario claramente asumió la obligación de hacer las inversiones en los términos del numeral 40 de la cláusula 20 negocial, en las especificaciones de modo, tiempo y lugar determinadas en la cláusula 12, de manera que la realización de las inversiones allí determinadas debía hacerlas en el primer año de ejecución del contrato.

Ahora bien, esas inversiones debían hacerse por parte del concesionario en el tiempo acordado, pues de conformidad con la cláusula 17, los riesgos derivados de las fluctuaciones de la rentabilidad del mercado, fueron asumidos por el Concesionario, veamos:

"17.1. RIESGOS QUE ASUME EL CONCESIONARIO: A partir de la fecha de suscripción del contrato, el CONCESIONARIO asume los efectos derivados de los riesgos que se listan a continuación (...)

(...) no procederán reclamaciones del CONCESIONARIO basadas en el acaecimiento de alguno de los riesgos que fueran asumidos por el CONCESIONARIO y consecuentemente el CONCEDENTE no hará reconocimiento alguno, ni se entenderá que ofrece garantía alguna al concesionario, que permita eliminar o mitigar los efectos causados por la ocurrencia de alguno de estos riesgos previstos, salvo que dicho reconocimiento o garantía se encuentren expresamente pactados en el presente contrato.

(...)

j. Los efectos, favorables o desfavorables, derivados de las variaciones en la rentabilidad del mercado y obtención de utilidades o sufrimiento de pérdidas."

Así, no es posible premiar la conducta del contratista que suscribe un contrato con la administración y ante el acaecimiento de un riesgo expresamente situado en su cabeza, deliberadamente opta por escudarse en él e incumplir, es más, no es lógico que el contratista espere a utilizar en debida forma las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias, y en suma operar el puerto concesionado, si no hizo el más mínimo esfuerzo por ejecutar el plan de inversiones propuesto, pues el recaudo de los recursos de la explotación dependerá de la disponibilidad de la infraestructura, lo que implica indudablemente que se desarrolle el contrato, esto es, que exista ejecución del plan de inversiones.

Y aún en gracia de discusión si se aceptase que debido a la fluctuación del precio del petróleo se ha visto frustrada la expectativa del contratista, lo que le ha impedido obtener los recursos necesarios a efectos de dar cabal ejecución al contrato, resulta necesario de un lado indicar que dicho nexo de causalidad no fue demostrado en el curso del proceso de manera que se excluya la responsabilidad del concesionario en el cumplimiento de la obligación y de otro, así ello hubiere ocurrido, el concesionario se hizo responsable por los riesgos derivados del cambio del mercado.

Por lo anterior, no prospera la argumentación de carencia de recursos expuesta por el concesionario para desatender su obligación de ejecución del plan de inversiones.

3.1.2.3 De la colaboración pretendida por el concesionario en este tipo de negocios: En consideración a este argumento será pertinente estudiar la finalidad del contrato de concesión portuaria y la remuneración, utilidad o beneficio que recibe cada una de las partes en desarrollo de este.

En consecuencia, es oportuno exponer la definición de concesión portuaria que realiza la Ley 1 de 1991 por medio de la cual se expide el estatuto de Puertos Marítimos, en su artículo 5 numeral 5.2, la cual reza:

"5.2. Concesión portuaria. La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro.”

aquellas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.”

De la anterior definición se desprende:

1. El contrato de concesión permite a una sociedad portuaria que ocupe y utilice temporalmente las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias.
2. La finalidad de la concesión es la construcción y operación del puerto
3. El Estado recibe una contraprestación económica.
4. El concesionario recibe los beneficios de la explotación del puerto.

Así mismo el artículo 1 de la Ley 1 de 1991 expone los principios generales, indicando que en principio la dirección de la actividad portuaria pública y privada le corresponde al Estado:

Artículo 1º Principios generales. En desarrollo del artículo 32 de la Constitución Política, la dirección general de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, de acuerdo con esta Ley. La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.

Por otra parte, en el artículo 4 de la mencionada Ley se indica:

Artículo 4º. Asociaciones Portuarias y obras necesarias para el beneficio común. (...) Corresponde a las sociedades portuarias, y a quienes tengan las autorizaciones mencionadas, asumir en proporción al valor de los beneficios que reciban de las concesiones o autorizaciones, los costos de las obras y servicios de beneficio común.

En punto a quién se beneficia o no de un contrato de concesión portuario resulta claro de la ley 1 de 1991 establece de un lado la necesidad de prestar servicios portuarios en cabeza del Estado, servicio cuya prestación puede entregar a una sociedad portuaria¹⁶ y por parte del concesionario a obtener remuneración adecuada en el patrimonio de sus accionistas¹⁷, cuestión que en el presente caso se ve reflejada en las cargas contractuales asumidas por las partes, y desde el objeto contractual, al indicar:

“CLÁUSULA 1. EL objeto del presente contrato es el otorgamiento al CONCESIONARIO por parte del CONCEDENTE, de una concesión para autorizar la ocupación en forma temporal y exclusiva de los bienes de uso público descritos en la cláusula 2 BIENES CONCESIONADOS para la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo de uso público a cambio de una contraprestación económica a favor del CONCEDENTE, en los términos descritos en la CLÁUSULA 13 – VALOR DEL CONTRATO Y DE LA CONTRAPRESTACIÓN de este contrato.”

El contrato de concesión portuaria entonces es bilateral, pues de ambas partes se espera el cumplimiento de obligaciones, así como el disfrute de derechos; oneroso, es decir que implica

¹⁶ Artículo 1. Ley 1 de 1991. Principios Generales. En desarrollo del artículo 32 (actual artículo 334) de la Constitución Política, la Dirección General de la actividad portuaria, pública y privada estará a cargo de las autoridades de la República, que intervendrán en ella para planificarla y racionalizarla, de acuerdo con esta ley. La creación, el mantenimiento, y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta ley, son de interés público. Tanto las entidades públicas, como las empresas privadas, pueden constituir sociedades portuarias, para construir, mantener y operar puertos, terminales portuarios, o muelles, y para prestar todos los servicios portuarios en los términos de esta ley (...)

¹⁷ Ibidem. “(...) En ningún caso se obligará a las sociedades portuarias a adoptar tarifas que no cubran sus costos y gastos típicos de la operación portuaria, incluyendo la depreciación, y que no remuneren en forma adecuada el patrimonio de sus accionistas. Pero no se permitirá que esas sociedades se apropien las utilidades provenientes de prácticas restrictivas de la competencia (...)”

“Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro.”

beneficios y gravámenes recíprocos, y conmutativo pues desde el inicio de la relación contractual se determina la relación entre el beneficio y las obligaciones de las partes.

De manera que este contrato no previó cláusulas excesivas o de aquellas que solo se pactaran con la intención de hacer quebrar a un concesionario como afirma el representante legal, pues todos los contratos de concesión portuaria tienen a favor del Estado una contraprestación económica prevista así por ley, a cambio de la entrega para explotación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público, ocupación que redunde en la prestación del servicio público en cabeza del concesionario.

Procede entonces advertir que el Concesionario desde incluso antes de la suscripción del contrato, conocía los elementos de la relación contractual que iba a adquirir, máxime cuando la iniciativa para la presentación del proyecto ante la entidad fue propia, debiendo entender los riesgos que asumía con la suscripción del contrato, pero también, siendo consciente de los beneficios que recibiría en contraprestación.

A su vez, es pertinente mencionar que la Agencia Nacional de Infraestructura no tiene como finalidad enriquecerse a través de la celebración de los contratos de Concesión, tal como equivocadamente lo hace entrever de su argumentación el Representante del Concesionario, pues de conformidad con el Decreto 4165 del 03 noviembre de 2011:

“La Agencia Nacional de Infraestructura - ANI, tiene por objeto planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de Asociación Público Privada - APP, para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las enunciadas en este artículo. Dentro del respeto a las normas que regulan la distribución de funciones y competencias y su asignación.”

Queda entonces claro que la finalidad de la Agencia no es otra que desarrollar infraestructura de transporte a través de las asociaciones público - privadas y como consecuencia de ello contribuir a la conectividad y desarrollo del país, finalidad que riñe con el mero lucro al que alude el representante legal del concesionario.

El Consejo de Estado ha señalado las características del contrato de Concesión así:

«(...) Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (I) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (II) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (III) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80: «a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública. b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga. c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública. d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público. e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario. f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación. g. El concesionario asume la condición de colaborador

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas.»¹⁸

Quiere decir lo anterior que la finalidad del contrato de concesión es el otorgamiento de un derecho de explotación a un concesionario que asume los riesgos derivados de estos, y por ende participa de las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar.

Así, se desvirtúa en todo sentido el argumento del Representante del Concesionario encaminado a indicar que la Entidad es la única que percibe una utilidad en la relación contractual, pues como bien lo establece la norma e incluso el Contrato mismo, la contraprestación del Concesionario se deriva de las inversiones que haya realizado, es decir, es directamente proporcional con la ejecución del negocio.

Fuerza aclarar, también que la finalidad de la Agencia para este contrato en particular no es otra que la prestación del servicio portuario, puesto que este tipo de relaciones contractuales no están concebidas para lucrarse a través de la contraprestación que se recibe, sino para otorgar los derechos de explotación buscando el crecimiento en la infraestructura del país, la cual quedará para el Estado una vez se ha vencido el plazo contractual y se realiza la correspondiente reversión.

Por lo anterior, no es de recibo la manifestación del Representante del Concesionario referente a la utilidad única de la Entidad e inexistente para este, así como la aseveración relativa a la intención de la Agencia de llevar a procesos de insolvencia a sus contratistas.

3.1.2.4. De la fluctuación del precio del petróleo.

El concesionario alude dentro de la sustentación del recurso que la fluctuación de los precios del crudo han hecho inviable el negocio, al respecto debe indicarse que no se observa ataque puntual a los argumentos del acto administrativo recurrido en lo que atañe a este punto y por tanto todo lo allí indicado queda incólume.

Siendo pertinente sin embargo recordar una vez más que el riesgo de las fluctuaciones del mercado fue asumido por el contratista en su totalidad.

Por lo anterior no procede el argumento del concesionario tendiente a indicar que por las fluctuaciones del precio del crudo es posible excusar su desatención contractual en lo que atañe a la ejecución del plan de inversiones pues ello iría contra el *pacta sunt servanda*.

3.1.2.5 De los recursos invertidos por el Concesionario en el negocio: El Representante Legal del Concesionario se refiere en su sustentación que en el Contrato de concesión 001 de 2016 únicamente recibe beneficios o utilidades la Entidad, sin embargo, desconoce un hecho determinante, y es que fue la Sociedad Bullpesa S.A., quien solicitó a la agencia a través de la comunicación con radicado 2014-409-031008-2 en el mes de julio de 2014, el otorgamiento del contrato de concesión para desarrollar el proyecto portuario consistente en la construcción, operación, mantenimiento y administración de un terminal marítimo para líquidos a granel, con especialidad en crudos y derivados del petróleo, conociendo los términos y condiciones a que se sujetaría en caso de ser adjudicatario de la concesión.

En consecuencia, el Representante legal en su sustentación no tiene en cuenta algunos elementos del contrato estatal que celebró, entre ellos, el equilibrio que existe entre las prestaciones e intereses de ambas partes, pues asume que la situación fáctica es consecuencia de una ganancia

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del cinco de mayo de mil novecientos noventa y nueve; Consejero ponente: Javier Henao Hidrón; Radicación número: 1190. Actor: Ministro de Hacienda y Crédito Público.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

contractual para la Entidad y una pérdida correlativa para la sociedad concesionaria, con lo cual equivocadamente confunde los conceptos de bilateralidad y conmutatividad del contrato.

El Consejo de Estado se ha pronunciado acerca de la bilateralidad y conmutatividad del contrato estatal de la siguiente manera:

(...). En los contratos bilaterales y conmutativos -como son comúnmente los celebrados por la administración-, teniendo en cuenta la correlación de las obligaciones surgidas del contrato y la simetría o equilibrio de prestaciones e intereses que debe guardar y preservarse (arts. 1494, 1495, 1530 y ss. 1551 y ss. Código Civil), la parte que pretende exigir la responsabilidad del otro por una conducta alejada del contenido del título obligacional debe demostrar que, habiendo cumplido por su parte las obligaciones del contrato, su cocontratante no cumplió con las suyas, así como los perjuicios que haya podido sufrir.¹⁹

En ese sentido, el contrato estatal es un negocio jurídico de contenido económico, consecuentemente oneroso, celebrado, por regla general, bajo los presupuestos del principio de igualdad, y del cual se generan, de manera ponderada, proporcional y previsible, obligaciones recíprocas, de dar, hacer o no hacer entre las partes intervinientes, construyendo relaciones jurídicas patrimoniales equivalentes conforme a las previsiones iniciales acordadas por las partes al momento de contratar.

Acerca de este punto es dable indicar que las obligaciones pactadas en el contrato de concesión son obligaciones de resultado, exigiendo para su cumplimiento no solo diligencia y cuidado sino realmente un resultado o logro concreto, ya que en este tipo de obligaciones el contratista se compromete efectivamente a cumplir el resultado, con lo cual, los factores ajenos que impiden el cumplimiento no deben tener incidencia en el momento de la exigencia de la obligación.

Realizar las inversiones, expedir las licencias que correspondan, entregar la documentación referente a la ejecución, emitir los informes que solicite la supervisión o pagar la contraprestación a la Entidad no son obligaciones adicionales a la normal ejecución del contrato, esto responde a las exigencias de haber suscrito el contrato de concesión y no puede ser visto como cargas adicionales en la ejecución pues parte de la normalidad de la relación contractual, máxime cuando el mismo concesionario fue quien realizó los estudios de prefactibilidad para solicitar el otorgamiento de la concesión.

Se concluye entonces que no es de recibo este argumento expuesto por el Concesionario y en consecuencia no tendrá vocación de prosperar.

3.1.2.6 De las tratativas o acercamientos para modificar las gestiones del contrato en sede de gestión contractual: Ahora bien, no es procedente hacer referencia a las solicitudes de modificación realizadas por el Concesionario, como justificación para dejar de cumplir sus obligaciones contractuales, el hecho de que la Sociedad haya propuesto la modificación del acuerdo contractual no significa que esto la exima de seguir desarrollando el contrato en cumplimiento de sus obligaciones, máxime cuando la relación contractual ha sido válidamente celebrada, es ley para las partes y sólo puede ser invalidada por consentimiento mutuo de quienes la celebran o por causas legales, de lo cual hasta el momento, en lo que atañe a su ocurrencia, no existe acreditación.

Es pertinente recordar que, desde el inicio del proceso de selección del concesionario para el desarrollo del proyecto, este tuvo conocimiento acerca de la asignación de sus obligaciones, retribución y riesgos y en la suscripción del contrato en efecto los aceptó de tal manera que no es preciso excusar con una solicitud de modificación contractual el hecho de dejar de cumplir el contenido obligacional del mismo.

¹⁹ Idem.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

En atención a los argumentos presentados como sustentación al recurso de reposición presentado por el Concesionario es pertinente indicar en este punto que no solamente la obligación a hoy se encuentra incumplida, sino que además el Representante Legal del Concesionario ha aceptado en el curso de la diligencia de audiencia que efectivamente la sociedad no ha realizado las inversiones.

Es preciso advertir que el principio *pacta sunt servanda* debe ser respetado, pues hasta tanto no se realicen las modificaciones pertinentes y ambas partes se encuentren de acuerdo con el cambio y formalmente no se realice, a la luz de las solemnidades que reviste este tipo de acuerdos, no es posible ejecutar responsabilidades distintas a las pactadas, por tanto no procede de modo alguno el argumento presentado por el Concesionario en el que se alude a las solicitudes de modificación contractual, por cuanto la certeza dada en este caso en concreto tiene única fuente en el Contrato de Concesión y la legislación vigente; y en este punto es bien sabido para las partes que el contrato estatal solo se modifica por medio de acuerdo de voluntades debidamente suscrito (Art 40 L80 de 1993) o en su defecto en virtud de la potestad excepcional (Art 16 L80 de 1993).

Por lo tanto, se debe concluir en este punto que las diligencias y tratativas realizadas con miras a modificar el contrato, no pueden ser tenidas como conductas tendientes a demostrar la no responsabilidad del deudor, y por ende este argumento no tiene vocación de prosperar, toda vez que es claro que la obligación es de aquellas cuya prestación se satisface con el cumplimiento del resultado tal como quedó establecido en el clausulado contractual y no con el simple cuidado y diligencia del deudor.

Por ende, en este punto ha de concluirse que las solicitudes de modificación o de suspensión no pueden ser tenidas como justificaciones de incumplimientos y en consecuencia estos argumentos no tienen vocación de prosperar.

Finalmente, de conformidad con las anteriores consideraciones los argumentos presentados como sustentación del recurso de reposición por parte del Concesionario no dará lugar a la revocatoria de la Resolución 1904 de 2019, máxime cuando el Representante Legal de Bullpesa S.A., aceptó el incumplimiento en sus descargos y nuevamente en la sustentación de su recurso.

3.1.3 De la sustentación del recurso por parte de la aseguradora:

3.1.3.1 Vulneración del estado del riesgo: Expone el apoderado de la aseguradora que el riesgo se encuentra agravado debido a que el supervisor del contrato no informó a la aseguradora acerca del incumplimiento, al respecto cita el artículo 1060 del Código de Comercio:

"El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local. (...)"

Así las cosas, es pertinente exponer que la agravación del riesgo se presenta cuando existan circunstancias extraordinarias e imprevisibles durante la ejecución del contrato que afectan el equilibrio de este, permitiendo que en algún momento llegue a ser ajustado y en consecuencia sea modificado; en ese orden de ideas, la entidad pública en su calidad de asegurada o beneficiaria debe conservar el contrato en condiciones similares o equivalentes a las que existían al momento de suscribirlo.

El Consejo de Estado ha definido la alteración al estado del riesgo como:

"La modificación alteración posterior a la celebración del contrato que, aumentando la posibilidad de ocurrencia peligrosidad de un evento, afecta un determinado riesgo. El tomador del seguro y el asegurado

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

deberán, durante la vigencia del contrato, comunicar al asegurador todas las circunstancias que agraven el riesgo."²⁰

En ese orden de ideas, la modificación o alteración del contrato que afecte o haga más probable la ocurrencia del evento riesgoso podría ocasionar la terminación del contrato de seguro, por lo tanto, tanto el asegurado como el tomador deben comunicar a la aseguradora cualquier evento de modificación o alteración que afecte el riesgo amparado por la póliza.

Para el caso en concreto se debe indicar que la Entidad ha actuado encaminada a evitar la consumación del riesgo y la paralización del servicio, razón por la cual ha iniciado el procedimiento establecido por el contrato y la Ley 1474 de 2011 con el fin de conminar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, en cumplimiento de los objetivos de la función administrativa, procedimiento en el cual se ha garantizado el debido proceso del contratista y de la aseguradora.

Ahora bien, de las consideraciones expuestas acerca de la agravación del estado del riesgo se debe concretar que se predica de las modificaciones o alteraciones al contrato que se realicen y hagan más probable la ocurrencia del siniestro, situación que en el presente caso no se ha presentado en cabeza de la Entidad, puesto que no ha mediado modificación alguna que agrave el riesgo protegido o que desequilibre el contrato o que en su defecto generen circunstancias que originen el siniestro, si bien se presumen el incumplimiento contractual, este no responde a consecuencias de hechos o actuaciones que se deriven de la responsabilidad de la Entidad.

Valga mencionar que de la jurisprudencia citada por el Apoderado de la Aseguradora se extrae que debe ser la Entidad quien con su propio incumplimiento da lugar a la concreción del riesgo, por conductas provocadas por este, lo cual como se ha dejado probado durante todo el procedimiento no es responsabilidad de la Agencia sino de la no inversión que debe realizar el Concesionario en ejecución del contrato, veamos:

"(...) En esa medida, si, por el contrario, es el Estado quien por su propio incumplimiento da lugar a la concreción de un riesgo patrimonial en su contra, la garantía del contrato respectivo no le puede ser exigible al asegurador, puesto que la lesión patrimonial no se produjo en las condiciones previstas en la póliza, sino que fue provocada por la conducta y el arbitrio del asegurado afectado. (...)"

Como conclusión de este punto es procedente indicar que no es de recibo la aseveración del Apoderado de Seguros del Estado S.A., al indicar que la supervisión del contrato no dio cumplimiento a los deberes que de su función emanan al no remitir comunicación de incumplimiento a la aseguradora, puesto que esa actividad no le corresponde al supervisor, en tanto que es en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 donde se determina y prueba el incumplimiento del contratista, audiencia que sólo tiene lugar cuando el ordenador del gasto determine, en este caso, conminar al cumplimiento de lo pactado.²¹

Por lo expuesto, no resulta probado que la conducta de la Entidad haya ocasionado vulneración o agravación al estado del riesgo, por ende, no prospera la solicitud de revocatoria de la Resolución 1904 de 2019 elevada por el apoderado de la aseguradora con ocasión de estos argumentos.

3.1.3.2 Culpa exclusiva de la ANI: El Apoderado de la Aseguradora concluye que la omisión del supervisor en informar sobre el incumplimiento a la aseguradora a su juicio propició que esta en su

²⁰ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOS O ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN "B", Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Bogotá, D.C, veintidós (22) de febrero de dos mil dieciséis (2016) Proceso número: 250002326000200301725-01 (34226)

²¹ Parágrafo 3, Artículo 84, Ley 1474 de 2011, que indica: "(...) Cuando el ordenador del gasto sea informado oportunamente de los posibles incumplimientos de un contratista y no lo conmine al cumplimiento de lo pactado o adopte las medidas necesarias para salvaguardar el interés general y los recursos públicos involucrados, será responsable solidariamente con este, de los perjuicios que se ocasionen."

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

momento no conminara al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, y como consecuencia de esto causó el daño, así mismo, advierte que la causación de este provino del actuar imprudente que generó que Seguros del Estado no pudiera conminar al contratista a realizar las inversiones.

Sobre el particular, es pertinente analizar los elementos que la norma y la jurisprudencia han atribuido a este eximente de responsabilidad así:

El artículo 2357 del Código Civil expone:

"La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente."

Así mismo el Consejo de Estado ha definido el hecho de la víctima como

*"Cuando hablamos del hecho de la víctima, nos referimos a una causal que impide efectuar la imputación, en el sentido en que, si bien es cierto, que puede ser que el demandado causó el daño físico o materialmente, el mismo no puede serle imputable en la medida en que el actuar de la víctima que le resultó extraño, imprevisible e irresistible, lo llevó a actuar de forma que causara el daño, razón por la cual el mismo es imputable desde el punto de vista jurídico a la víctima y no al demandado."*²²

Del mismo modo ha indicado:

*"El hecho de la víctima es, por definición, irresistible, imprevisible y externo a la actividad del demandado. (...) En primer lugar, la irresistibilidad alude a la "imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo —pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno.(...)"*²³

A su vez, la doctrina sobre el hecho de la víctima se ha manifestado de la siguiente manera:

*"el hecho de la víctima sólo lleva "consigo la absolución completa" cuando "el presunto responsable pruebe la imprevisibilidad y la irresistibilidad del hecho de la víctima. De acuerdo con esta doctrina, el hecho de la víctima debe ser imprevisible e irresistible, en el sentido de que si el demandado pudo haber previsto la producción del daño al que eventualmente se expondría la víctima y no lo hizo, se entiende que concurrió a su producción. De la misma manera, si el demandado pudo haberse resistido a los efectos nocivos de la exposición de la víctima y no lo hizo pudiendo hacerlo, también debe correr con los efectos nocivos en la producción del daño a título de concausalidad"*²⁴

De lo citado se concluye, que para hablar de culpa o hecho de la víctima debe demostrarse la causalidad entre el daño y la conducta proveniente de quien lo sufre, en este caso de conformidad con los argumentos del apoderado de la aseguradora de la Entidad, lo cual implicó la desatención de sus obligaciones, esto es, el desconocimiento de sus responsabilidades conlleva al daño que en este caso sería el incumplimiento de las obligaciones del contratista.

En primera medida debe indicarse que la figura de rompimiento del nexo causal por culpa exclusiva de la víctima ha sido erigida en el marco de los encuentros sociales ocasionales y no en la responsabilidad contractual, en donde si existe causalidad por parte del cocontratante el cual, dé lugar a la desatención obligacional por parte del contratista, existe la figura de excepción de contrato no cumplido – *Exceptio non adimpleti contractus*.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de agosto de 2009, expediente 17957. Ver en el mismo sentido, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17179

²³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 26 de abril de 2008, C.P.: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ. Exp. 16235.

²⁴ Henri y León Mazeaud, Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1960, pp. 332-333.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

A la fecha no se ha indicado de qué manera la ANI puede haber desatendido las obligaciones que emergen del contrato de concesión suscrito, a efectos de predicar la configuración de esta figura, así, era procedente que bajo este argumento la Aseguradora demostrara la causalidad entre una desatención obligacional de la Administración (emanada del acuerdo de voluntades de concesión) y la causa eficiente que provocó ese resultado²⁵.

En este orden de ideas, atendiendo al postulado del apoderado de la compañía garante, quien indica que se agravó el riesgo por la desatención de las obligaciones de información de la Entidad, obligaciones que no emergen del texto contractual sino de la relación aseguradora – tomador y asegurado, resulta necesario preguntarse por qué en éste escenario se solicita la información acerca de los incumplimientos solamente al asegurado y no al tomador quien es el que tiene el dominio de la obligación a cargo y solo él sabe hasta cuándo desatenderá la prestación exigible, y en cambio reprime la conducta del asegurado, cuando este solamente puede determinar que existe incumplimiento en atención de los principios de legalidad y debido proceso, cuando se haya agotado el trámite correspondiente por el funcionario competente.

Al respecto también fuerza mencionar que al aceptar que se ha agravado el riesgo, por parte de la aseguradora, se está admitiendo de forma directa que hay una crasa desatención del acuerdo de voluntades, que es la cuestión que nos convoca, y sobre la cual entonces no existe discusión, por lo que centrarse a discutir si la aseguradora debe o no reconocer el siniestro por no haberle informado oportunamente de la patología contractual, cuando de hecho desde la citación y aún sin existir declaratoria formal de incumplimiento la conoce, parecería más bien un intento deliberado por desconocer la existencia del seguro mismo y de los deberes que como garante le son exigibles.

Así, no existe discusión alguna sobre el incumplimiento de las obligaciones del concesionario, pues no solamente está probado dado que las inversiones que tiene a su cargo no fueron realizadas, sino, además, ha sido aceptado expresamente por el representante legal del concesionario en audiencia, quien argumentó que no las ha realizado por falta de recursos.

Es procedente agregar que la acusada falta de información acerca del incumplimiento al garante, lo que, en su opinión, originó la agravación del riesgo y evitó la conminación de su parte para que el contratista cumpliera, (lo cual como ya se expuso era de imposible cumplimiento por parte de la supervisión, puesto que solo en desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 es posible declarar el incumplimiento contractual) no le compete al supervisor del contrato pues como la misma Ley dispone es el ordenador del gasto o su delegado quien mediante acto administrativo y mediando un procedimiento expedito en el que se garantice el debido proceso puede proceder a realizarlo.

De otro lado debe llamarse la atención frente a que la aseguradora no es la encargada de conminar al cumplimiento obligacional, pues eso le compete a la ANI, por tanto, en nada hubiera variado el panorama, que solo apunta a que el concesionario debe responder en los términos del contrato de seguro expedido, sin generar este tipo de condicionamientos en sede de procedimiento administrativo, que escapan a las exclusiones expresamente estipuladas.

De conformidad con lo ya expuesto, no prosperan los argumentos de los recurrentes en contra de la Resolución 1904 de 17 de diciembre de 2019, y en consecuencia se dejará en firme la decisión.

En este punto resulta oportuno recordar al Concesionario, que no obstante por el presente acto administrativo queda en firme la multa conminatoria impuesta en el acto recurrido, ello no es óbice

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 05001233100020120069001 (54121), Nov. 27/17, xi. C. P. Jaime Orlando Santofimio.

"Por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución 1904 de 2019 mediante la cual se declara el incumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas en la cláusula 12 y numeral 40 de la cláusula 20 del Contrato de Concesión 001 de 2016 por parte del Concesionario Sociedad Portuaria Bullpesa S.A., se impone multa y se declara la ocurrencia de un siniestro."

para que, de persistir el incumplimiento objeto de la presente actuación, la entidad pueda iniciar nuevas actuaciones sancionatorias contra el Concesionario, encaminadas a conminarlo al cumplimiento.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO. – CONFIRMAR la Resolución No. 1904 de 17 de diciembre de 2019 por las razones expuestas en este acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. – EN FIRME esta decisión desde el día siguiente de su notificación en audiencia conforme lo dispuesto por el artículo 87 del Código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo, dese cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución 1904 de 17 de diciembre 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 la presente Resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dado en Bogotá. D. C.,

18 FEB 2020


CLAUDIA JULIANA FERRO RODRÍGUEZ

Coordinadora G.I.T. Procesos Sancionatorios Contractuales.
Vicepresidencia Jurídica.
Agencia Nacional de Infraestructura.

Proyectó: Alejandra Valenzuela - Abogada GIT procesos Sancionatorios Contractuales

