

Resolución No. 13 SET. 2019
(000274)

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019”

LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1508 de 2012, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, y

CONSIDERANDO

1. COMPETENCIA

Que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece como fines de la contratación Estatal, que "(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)".

Que, en concordancia con lo anterior, los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establecen respectivamente lo siguiente: "(...) Para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1º: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante, 2º: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)".

Que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, "Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamientos que pueden presentarse".





Que, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, ha señalado que la naturaleza y alcance de: *"la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena"*¹.

Que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, dispone que: *"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo"*.

Que el numeral 1° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a *"(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato"*.

Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: *"(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza."*

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

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)"

Que el artículo 3° de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que *"(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia."*

"Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...)"


¹ Sentencia de 1 de febrero de 2018 Rad. 2009-00082-01(52549), C.P: Martha Nubia Velázquez



Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: *“Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”*, conforme al procedimiento establecido en la misma disposición.

Que mediante la Resolución N° 00215 del 16 de mayo de 2017, se delegan funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para iniciar los procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, y surtir todo el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

2. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

- 2.1. Que, el doce (12) de septiembre de 1997, la sociedad portuaria Monómeros Colombo-Venezolanos S.A suscribió el contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997 con la Superintendencia General de Puertos y Transportes cuyo objeto era: “ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva un sector de playa ribereña, en longitud de 206.00 metros lineales, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquéllas o éstos, localizados en el municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico, para continuar operando unas instalaciones portuarias de servicio privado en el muelle No. 3” “(...) destinado a movilizar carga de su propiedad, consistente en materias primas para la elaboración de fertilizantes y afines procesados” (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 2.2. Que, mediante Resolución No. 5444 del 25 de abril de 2002, el Ministerio de Transporte ordenó “declarar la suspensión contrato 019 del 12 de septiembre 1997, celebrado entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos (EMA) por el término de dos (2) años contados a partir de la fecha de suscripción de la correspondiente acta suspensión” (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 3).
- 2.3. Que, en virtud del principio de concertación previsto en el artículo 6 de la ley 161 de 1994, el seis (6) de agosto de 2002, entre el Ministerio de Transporte y La Corporación, se suscribió el Acta de Transferencias, Funciones y Programas que determinaba los procedimientos y plazos para el traslado de la competencia de una entidad a otra.
- 2.4. Que, mediante Resolución No. 0208 del 26 de julio de 2004, el Ministerio de Transporte ordenó “declarar la suspensión contrato No. 019 del 12 de septiembre 1997, celebrado entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos (EMA) por el término de dos (2) años contados a partir de la fecha de suscripción de la correspondiente acta suspensión” (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 5) 





- 2.5.** Que, mediante Resolución No. 00215 del 5 febrero de 2004, el Ministerio de Transporte resolvió: "Ceder administrativamente y a título gratuito a la Corporación del Río Grande de la Magdalena- Cormagdalena todos los derechos y obligaciones todos los derechos y obligaciones que el Ministerio de Transporte tiene con la Sociedad MONOMEROS COLOMBO VENEZOLAS S.A, respecto del contrato de concesión No. 019 del 12 de septiembre de 1997 celebrado con la otrora Superintendencia General de Puertos".
- 2.6.** Que, el 18 de abril de 2006, Cormagdalena y Monómeros Colombo-Venezolanos S.A suscribieron acta de reanudación por mutuo acuerdo, en la cual se estableció que, a partir de la firma de ésta, el concesionario se obligaba a "cumplir con todos y cada uno de los compromisos contractuales, principalmente al pago de la contraprestación y a continuar con el cronograma de obras civiles que habían quedado pendientes por la suspensión".
- 2.7.** Que, mediante Resolución No. 01882 del 19 de marzo de 2009, el Instituto Nacional de Vías cedió el recaudo de la contraprestación a Cormagdalena, incluyendo el contrato No. 019 de 1997.
- 2.8.** "ARTICULO PRIMERO: Ceder la facultad de gestión del valor de la contraprestación portuaria a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA, acorde a lo dispuesto en la ley 1242 de 2008, artículo 64 párrafo tercero"
- 2.9.** "ARTICULO SEGUNDO: Entregar los expedientes de las Sociedades Portuarias, en que se hace gestión del recaudo del valor de las contraprestaciones y los reportes contables de las siguientes sociedades: 1) Química Internacional o Sociedad Portuaria Quintal S.A, 2) Inversiones García Hermanos, 3) Sociedad Inmobiliaria Sredni y Cía S en C., 4) Monómeros Colombo-Venezolanos Mulles 1, 1-A, 2 y 3, 5) Sociedad Portuaria Portmagdalena S.A, 6) Atlantic Coal de Colombia S.A, 7) Líneas Agromar S.A, 8) Sociedad Portuaria del Norte contrato 14-94, 9) Sociedad Portuaria del Norte contrato 33-06, 10) Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza, 11) Vopack S.A, 12) Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla contrato 8-93, 13) Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla contrato 31 -06, 14) Sociedad Portuaria Terminal de las Flores, 15) Sociedad Portuaria Palermo S.A, 16) Sociedad Portuaria Palermo S.A contrato 34-07, 17) Sociedad Portuaria River Port S.A, 18) Sociedad Portuaria del Caribe, 19) Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, 20) Sociedad Cementos Argos y 21) Sociedad Portuaria La Loma o Pizano a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena".
- 2.10.** Que, mediante Resolución No. 0174 del 20 de junio de 2012, la Corporación autorizó la cesión del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997, por parte de Monómeros Colombo Venezolanos S.A a Sociedad Portuaria Río Grande S.A (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 5).
- 2.11.** Que, mediante Resolución No. 160 del 22 de mayo de 2014, la Corporación autorizó la cesión del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997, por parte





de Sociedad Portuaria Río Grande S.A a Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 6).

- 2.12. Que, mediante citación C.E OAJ 201703001638 del 9 de junio de 2017, la Corporación inició procedimiento administrativo sancionatorio contra la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A, teniendo en cuenta el informe de interventoría CINP-379-093-0645 del 21 de marzo de 2017, emitido por INGENIERÍA DE PROYECTOS –INP- S.A.S (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 1 - 15).
- 2.13. Que, mediante Resolución No. 000148 del 23 de mayo 2019, Cormagdalena declaró el incumplimiento parcial del contrato No. 19 del 12 de septiembre de 1997, por parte de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A. e impuso, a título de multa, la suma equivalente a CIENTO VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS DOS MIL QUINIENTOS SESENTA PESOS (\$125.702.560).

3. RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1 SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS

El concesionario solicitó la revocatoria de la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019, y agrupó sus argumentos bajo los siguientes epígrafes: primero, caducidad de la facultad sancionatoria; segundo, inexistencia de la infracción endilgada por existencia de la póliza de seguros; tercero, excepción de contrato no cumplido y hecho de un tercero, y cuarto indebida tasación de la multa por incumplimiento parcial.

3.1.1 Caducidad de la facultad sancionatoria

En ese orden cosas, en lo tocante a la caducidad de la facultad sancionatoria, indicó que los incumplimientos imputados se resumen en:

- *Por una parte, en el pago de la contraprestación a favor de Barranquilla por los años 2014, 2015, y 2016, lo que debió ocurrir en septiembre de cada uno de ellos.*
- *La contraprestación a favor de CORMAGDALENA para la cuota 16 (en el pliego de cargos se indicó como la No. 18), la cual se debió causar en septiembre del año 2016.*
- *La constitución de la garantía desde el año 2014, en el que se cedió el contrato de concesión”.*

Seguidamente, señala que la facultad para sancionar los incumplimientos, previamente relacionados operó de la siguiente forma:

“El incumplimiento en el pago de la contraprestación de Barranquilla por el año 2014, ocurriendo la caducidad en septiembre de 2017.”





El incumplimiento en el pago de la contraprestación de Barranquilla por el año 2015, ocurriendo la caducidad en septiembre de 2018.

El incumplimiento en la constitución de la garantía, lo que debió ocurrir desde septiembre de 2014, ocurriendo la caducidad en septiembre de 2017”.

3.1.2 Inexistencia de la infracción endilgada por caducidad y por existencia de la póliza de seguros

De acuerdo con el concesionario, la tipificación del incumplimiento realizado por este despacho consistió en “**no haber constituido la póliza de seguros**”, pero en realidad la póliza que amparaba el contrato sí existía y fue presentada ante CORMAGDALENA, sin embargo, se encontraba a nombre de uno de los concesionarios anteriores (**SOCIEDAD PORTUARIA RIO GRANDE S.A.**), tal como consta en los documentos que reposan en el expediente.

Añade que el despacho perdió de vista que la póliza que se encontraba vigente fue la constituida por un concesionario cedido, caso en el cual lo que aplicaba era la cesión de la póliza en los términos acordados por la cláusula VIGÉSIMA que sobre la cesión establece: “*EL CONCESIONARIO podrá ceder total o parcialmente este contrato para la debida ejecución del mismo modo, para lo cual deberá obtener de la SUPERINTENDENCIA, la correspondiente aprobación previa y escrita. LA SUPERINTENDENCIA resolverá sobre la solicitud respectiva, en un plazo máximo de 60 días, contados a partir de la fecha de presentación de la correspondiente solicitud ante la entidad, de conformidad con las vigentes que regulen la materia. Sin la mencionada aprobación, las cesiones se tendrán por no celebradas. En los casos de cesión parcial, EL CONCESIONARIO responderá ante LA SUPERINTENDENCIA por todas las obligaciones contractuales. En el evento de cesión total, la aprobación de LA SUPERINTENDENCIA, sólo se otorgará después de que EL CONCESIONARIO se encuentre a paz y salvo por concepto de la contraprestación a la que se refiere la cláusula Décima de este contrato y los relacionados con salarios y prestaciones sociales de los trabajadores que laboren en las actividades que se ejecuten en desarrollo de este contrato. En todo caso, aprobada la cesión total de la concesión, EL CONCESIONARIO deberá presentar dentro de los diez (10) días calendario siguientes a la suscripción del contrato de cesión los certificados de cesión y modificación de pólizas de seguro exigidas en el texto del presente contrato*”.

De esta suerte, asevera que, conforme al tenor de la cláusula transcrita, EL CONCESIONARIO debía aportar los certificados de cesión y modificación de las pólizas de seguro exigidas por el Contrato, situación que no fue la que se debatió en el presente caso, ni la que resultó violada, puesto que la póliza sí existió, aunque en cabeza del anterior CONCESIONARIO que cedió su posición contractual.

Además, afirma que, si la cesión se autorizó el 22 de mayo de 2014, el incumplimiento se verificó el día 2 de junio de 2014, habiendo ocurrido la caducidad





una vez vencido el 2 de junio de 2017 (tres años más tarde) tal como lo establece el artículo 52 del CPACA.

3.1.3 Exoneración de responsabilidad por aplicación de la excepción de contrato no cumplido y hecho de un tercero

En relación con las consideraciones expuestas por este Despacho para denegar la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, el concesionario puntualiza:

- a) Respecto a la ausencia de relación de causalidad o nexo causal entre el incumplimiento de Cormagdalena y el incumplimiento del Concesionario

Sobre este punto, afirma que el contrato sinalagmático de concesión portuaria genera obligaciones recíprocas que se deben cumplir de buena fe en aplicación del postulado del "*pacta sunt servanda*", no solo en cuanto a lo que se encuentra escrito, sino en todo aquello que se requiere para la correcta ejecución del mismo, que en el presente caso se traduce en la obligación a cargo de CORMAGDALENA de entregar materialmente el inmueble para poder desarrollar en el proyecto portuario, aprovechando los recursos y gestiones de los particulares.

De esta manera, sostiene que, sin entrega material por parte del titular primigenio de los derechos de explotación sobre ese inmueble, esto es, por parte de Cormagdalena, no es viable su explotación, lo cual es indispensable para generar los recursos necesarios para asumir los costos del proyecto. Dicha obligación de entregar el inmueble concesionado al concesionario se extiende a la de mantenerlo libre de cualquier perturbación durante la vigencia del contrato, en confirmación al hecho de que se trata de un contrato sinalagmático.

- b) Respecto a la ocurrencia de los hechos que sustentan la excepción de contrato no cumplido con posterioridad a los incumplimientos endilgados por Cormagdalena.

Igualmente, aduce que no hay evidencia de la entrega material del inmueble concesionado a SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A., lo cual tampoco se puede asumir y dar por hecho por haber firmado la cesión del Contrato.

A esto agrega que no hay evidencia del cumplimiento de CORMAGDALENA de dicha obligación; sin embargo, hay pruebas en el expediente que acreditan que desde el año 2012 le fue entregado a la Armada-Ministerio de Defensa, un inmueble como un cuerpo cierto que incluía parte del área concesionada, lo que se confirma con la aclaración del área y los linderos mediante escritura pública otorgada en el 2016.

Seguidamente, señala que es claro que desde el año 2012 el concesionario no cuenta con la tenencia del inmueble entregado en concesión, lo cual dio





lugar a tramitar un amparo policivo que no surtió los efectos esperados. De hecho, la interventoría confirmó, en 2016, que no pudo acceder al inmueble.

Igualmente, agrega que por el hecho de que haya confirmado la situación en 2016 no significa que no se hubiera presentado antes.

De esta suerte, concluye que está demostrado:

- En primer lugar, *“un incumplimiento serio, grave y trascendental de Cormagdalena como administración; y*
- *En segundo lugar, que para la fecha de los supuestos incumplimientos que la administración le pretende declarar para sancionarlo, ya se había presentado el incumplimiento por parte de Cormagdalena a su obligación contractual de entregar el inmueble dado en concesión y que en un acto del año 2012 (Resolución 015 del 9 de julio de 2012 proferida por CISA e inscrita al folio de matrícula inmobiliaria 040-330319, documentos que obran en el expediente) que fue aclarado en el año 2016 mediante escritura pública No. 1043 del 12 de agosto de 2016 otorgada en la Notaría Décima de Barranquilla e inscrita al folio de matrícula inmobiliaria 040-330319”.*

En tal sentido, se oponen a la motivación de la resolución primitiva, según la cual el concesionario debía negociar las áreas adyacentes con sus titulares, pues, esa obligación surgió en 2012 cuando ya el contrato de concesión estaba perfeccionado. Agrega que ello supondría el reconocimiento implícito de que la entidad otorgó una concesión sobre un área adyacente que no le pertenecía y a la cual no se tiene acceso dado que la servidumbre constituida sobre el predio del área adyacente tampoco ha sido respetada ni se encuentra entregada a SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.

3.1.4 Indebida tasación de la multa por incumplimiento parcial

Por otro lado, el concesionario recurrente arguye que la multa fue incorrectamente tasada, en tanto, lo procedente era aplicar la multa por mora o incumplimiento parcial de que trata la cláusula Décima Tercera del Contrato No. 019 que reza: *“Cuando se haya producido mora o incumplimiento parcial de las obligaciones legales y contractuales por parte de EL CONCESIONARIO, LA SUPERINTENDENCIA le impondrá multas sucesivas. Cada multa podrá ser hasta por valor de 35 días de ingresos brutos de EL CONCESIONARIO, calculados con base en los ingresos del mes inmediatamente anterior a aquél en el cual se impone multa, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 01 de 1991. El monto de graduará atendiendo a los perjuicios causados, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y las instalaciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de EL CONCESIONARIO. Si este no proporcionare información suficiente para determinar el monto se le aplicarán las sanciones previstas por el artículo 41 de la Ley 01 de 1991, y el Decreto Reglamentario 1002 de 1993. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 42,*



de la citada ley. PARÁGRAFO. En el evento que no sea posible la aplicación de la multa establecida en la cláusula precedente, se cobrará por concepto de intereses moratorios la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de conformidad con el inciso 2 del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993".

De tal manera, la liquidación de la multa fue errada, en la medida en que se aplicó el porcentaje indicado en la cláusula Décima Cuarta y, además, se desatendió lo ordenado en el artículo 41 de la Ley 1 de 1991 y su decreto reglamentario, puesto que, en la graduación de la multa no tuvo en cuenta el impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y las instalaciones portuarias, y al hecho de si se trataba o no de una reincidencia.

3.2 Seguros Generales Suramericana S.A

Por su parte, la compañía de Seguros Generales Suramericana solicitó la revocatoria de la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019 y, a su turno, la desvinculación del actual procedimiento, bajo los argumentos que se sintetizan a continuación:

En primer lugar, sostiene que Cormagdalena basó su actuación administrativa en el supuesto de responsabilidad objetiva, sin que obre una debida motivación y, además, la entidad no constituyó un verdadero título ejecutivo contra la compañía aseguradora, al no sustentar la incidencia del asegurado con relación a los que configuran el incumplimiento.

En segundo lugar, asevera que el procedimiento administrativo sancionatorio contractual se fundamente en sucesos que cuentan con más de tres (3) años de ocurrencia y que, conforme al artículo 52 de la ley 1437 de 2011, ha caducado la facultad sancionatoria de la entidad. Además de ello, también ha operado el fenómeno jurídico de la prescripción de que trata el artículo 1081 del Código de Comercio.

4. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al concesionario como a la compañía aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE-OAJ-201703001638 y CE-OAJ-201703001639 del 9 de junio de 2017, en el cual se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento.


Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

En virtud de lo anterior y para efectos de adoptar la decisión que en derecho corresponda, se hace necesario relacionar a continuación los hechos que se





encuentran probados dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, a saber:

- 4.1. El doce (12) de septiembre de 1997, la sociedad portuaria Monómeros Colombo-Venezolanos S.A suscribió el contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997 con la Superintendencia General de Puertos y Transportes cuyo objeto era: *“ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva un sector de playa ribereña, en longitud de 206.00 metros lineales, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquéllas o éstos, localizados en el municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico, para continuar operando unas instalaciones portuarias de servicio privado en el muelle No. 3”* *“(…) destinado a movilizar carga de su propiedad, consistente en materias primas para la elaboración de fertilizantes y afines procesados”* (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 4.2. Mediante Resolución No. 5444 del 25 de abril de 2002, el Ministerio de Transporte ordenó *“declarar la suspensión contrato 019 del 12 de septiembre 1997, celebrado entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos (EMA) por el término de dos (2) años contados a partir de la fecha de suscripción de la correspondiente acta suspensión”* (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 3).
- 4.3. El seis (6) de agosto de 2002, entre el Ministerio de Transporte y la Corporación, se suscribió el Acta de Transferencias, Funciones y Programas que determinaba los procedimientos y plazos para el traslado de la competencia de una entidad a otra.
- 4.4. Mediante Resolución No. 0208 del 26 de julio de 2004, el Ministerio de Transporte ordenó *“declarar la suspensión contrato No. 019 del 12 de septiembre 1997, celebrado entre la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Monómeros Colombo Venezolanos (EMA) por el término de dos (2) años contados a partir de la fecha de suscripción de la correspondiente acta suspensión”* (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 3).
- 4.5. Mediante Resolución No. 00215 del 5 febrero de 2004, el Ministerio de Transporte resolvió: *“Ceder administrativamente y a título gratuito a la Corporación del Río Grande de la Magdalena- Cormagdalena todos los derechos y obligaciones todos los derechos y obligaciones que el Ministerio de Transporte tiende con la Sociedad MONOMEROS COLOMBO VENEZOLAS S.A, respecto del contrato de concesión No. 019 del 12 de septiembre de 1997 celebrado con la otrora Superintendencia General de Puertos”*.
- 4.6. El dieciocho (18) de abril de 2006, Cormagdalena y Monómeros Colombo-Venezolanos S.A suscribieron acta de reanudación por mutuo acuerdo, en la cual se estableció que, a partir de la firma de ésta, el concesionario se obligaba a *“cumplir con todos y cada uno de los compromisos contractuales, principalmente al pago de la contraprestación y a continuar con el cronograma de civiles que habían quedado pendientes por la suspensión”* 



- 4.7. Mediante Resolución No. 01882 del 19 de marzo de 2009, el Instituto Nacional de Vías ordenó:

“ARTICULO PRIMERO: Ceder la facultad de gestión del valor de la contraprestación portuaria a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA, acorde a lo dispuesto en la ley 1242 de 2008, artículo 64 parágrafo tercero”

“ARTICULO SEGUNDO: Entregar los expedientes de las Sociedades Portuarias, en que se hace gestión del recaudo del valor de las contraprestaciones y los reportes contables de las siguientes sociedades: 1) Química Internacional o Sociedad Portuaria Quintal S.A, 2) Inversiones García Hermanos, 3) Sociedad Inmobiliaria Sredni y Cía S en C., 4) Monómeros Colombo-Venezolanos Mulles 1, 1-A, 2 y 3, 5) Sociedad Portuaria Portmagdalena S.A, 6) Atlantic Coal de Colombia S.A, 7) Líneas Agromar S.A, 8) Sociedad Portuaria del Norte contrato 14-94, 9) Sociedad Portuaria del Norte contrato 33-06, 10) Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza, 11) Vopack S.A, 12) Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla contrato 8-93, 13) Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla contrato 31 -06, 14) Sociedad Portuaria Terminal de las Flores, 15) Sociedad Portuaria Palermo S.A, 16) Sociedad Portuaria Palermo S.A contrato 34-07, 17) Sociedad Portuaria River Port S.A, 18) Sociedad Portuaria del Caribe, 19) Sociedad Portuaria Terminal de Mallorcaín, 20) Sociedad Cementos Argos y 21) Sociedad Portuaria La Loma o Pizano a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena”.

- 4.8. Mediante Resolución No. 0174 del 20 de junio de 2012, la Corporación autorizó la cesión del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997, por parte de Monómeros Colombo Venezolanos S.A a Sociedad Portuaria Río Grande S.A. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 5).
- 4.9. Mediante Resolución No. 160 del 22 de mayo de 2014, la Corporación autorizó la cesión del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997, por parte de Sociedad Portuaria Río Grande S.A a Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 3).
- 4.10. Mediante citación con radicado C.E OAJ 201703001638 del 9 de junio de 2017, la Corporación inició procedimiento administrativo sancionatorio contra la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A, teniendo en cuenta el informe de interventoría CINP-379-093-0645 del 21 de marzo de 2017, emitido por **INGENIERÍA DE PROYECTOS –INP- S.A.S.**

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Una vez verificados los requisitos establecidos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se constató que el recurso y su sustentación, objeto de la Resolución recurrida, cumplen con el mandato contenido en dicha norma.



En este orden de ideas, Cormagdalena, una vez analizadas y valoradas las razones de orden fáctico y jurídico, oportunamente allegadas y en las que se fundamentaron los recursos de reposición sustentados tanto por el apoderado del contratista como de la compañía Seguros Generales Suramericana S.A, procederá esta Oficina, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en tanto al derecho al debido proceso se refiere, a resolver los recursos de reposición en mención, para lo cual se pronunciará respecto de cada una de las razones de inconformidad expuestas por los recurrentes en el orden que fueron expuestas, así:

5.1. Consideraciones sobre el recurso de Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos elevados por el contratista recurrente y abordará el examen de los mismos, conforme al orden empleada por este en la sustentación de la reposición:

5.1.1. Caducidad de la facultad sancionatoria respecto al no pago de la contraprestación portuaria

El concesionario recurrió la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019, arguyendo que sobrevino la caducidad de la facultad sancionatoria, en la medida que cada una de las infracciones materia de examen habrían acontecido hace más de tres (3) años.

En tal sentido, precisa que, en lo relativo al no pago de la cuota de contraprestación a cargo del Distrito de Barranquilla, la caducidad de la facultad sancionatoria operó en septiembre de 2017, mientras que respecto de la cuota de la vigencia 2015, la caducidad operó en septiembre de 2018. Y, en lo tocante a la constitución de la garantía, la prerrogativa de imponer sanciones se extinguió en septiembre de 2017.

En orden a evaluar la viabilidad de los argumentos elevados sobre este particular, el despacho considera pertinente traer a colación el artículo 52 de la ley 1437 de 1997, en cuyo texto se expresa lo siguiente:

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



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

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

Del texto transcrito, es claro que el poder punitivo del Estado se extingue después de haber transcurrido tres (3) años desde la consumación de la falta o infracción. Ahora bien, la contabilización del término mencionado depende de la naturaleza de la conducta desplegada, esto es, si se trata de una acción de ejecución instantánea o una conducta continuada.

Las conductas que, de acuerdo con la interpretación de los recurrentes, están fuera del alcance del poder punitivo de la administración, debido a que transcurrieron más desde tres (3) años de su acaecimiento no constituyen infracciones de ejecución instantánea y, por ende, la contabilización del término de caducidad no puede partir desde las fechas propuestas.

Así, el incumplimiento derivado del impago de las cuotas de contraprestación no se contrae a la fecha en que debió abonarse el pago a la entidad concedente, sino que se prolonga durante todo el lapso de *mora debitoris* en que permanezca el concesionario, ya que solamente se puede predicar incumplimiento a partir del día subsiguiente al que debió pagarse la obligación, conforme a lo estipulado en el contrato. En otros términos, el contratista incumple el contrato por cada día que omite sufragar los valores relativos a la contraprestación portuaria.

Por lo tanto, la falta examinada es una conducta permanente o continuada cuya consumación se prolonga por el tiempo mientras persista el comportamiento contrario al deber legal, *“razón por la cual el término de caducidad empieza a computarse desde que cesa la conducta objeto de reproche”*².

De esta suerte, mientras sean exigibles las cuotas de contraprestación con cargo al Distrito de Barranquilla o Cormagdalena, el contratista se encuentra en mora y se configura un incumplimiento del contrato de concesión susceptible de ser sancionado a través del procedimiento administrativo contemplado en la ley 1474 de 2011.

En atención a lo anterior, nos encontramos frente un incumplimiento reiterado, por lo cual no ha cesado los cargos endilgados y no se han iniciado a contabilizar los términos de caducidad de la potestad sancionatoria.

5.1.2. Inexistencia de la infracción endilgada por caducidad y por existencia de la póliza de seguros

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta. Sentencia 25000-23-24-000-2012-00788-01 del 12 de abril de 2018.
C.P. Carlos Moreno Rubio





Como se anotó en líneas precedentes, para el concesionario este Despacho incurrió en un error en la tipificación, al sustentar el incumplimiento en la “no constitución de pólizas de seguro”, desconociendo que la Sociedad Portuaria Río Grande S.A, cedente del contrato de concesión No. 19 de 1997, había constituido una póliza de seguros y, por lo tanto, la exigencia procedente, por parte de la Administración, consistía en requerir el reporte de los certificados de cesión y modificación de las pólizas de seguro, aspecto que no fue materia de debate durante la actuación administrativa.

De lo anterior se trasluce que, según el concesionario, no era jurídicamente procedente la formulación de cargos, bajo el *nomen iuris* de “no constitución de pólizas” y debió haberse acotado la imputación bajo el entendido de “no modificación de pólizas”, situación que se traduce en una incorrecta adecuación típica de la conducta reprochada que amerita la revocatoria de la decisión inicial.

Estas razones no son de recibo para esta Corporación, en tanto, la citación contentiva de los cargos formulados a la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A no tipificó el incumplimiento de ésta bajo la nominación de “no constitución de pólizas de seguro”, sino como “no constitución de garantías”. En ese sentido, la cláusula 7.3 del contrato No. 19 de 1997 señala que “EL CONCESIONARIO deberá cumplir con todos los requisitos para mantener vigentes las garantías y será de su cargo el pago oportuno de la prima y demás costos de constitución y de auditoría de las mismas”.

En consonancia con lo anterior, el artículo 2.2.3.3.7.2 del Decreto No. 1079 de 2015, “Decreto Único Reglamentario del Sector Transporte”, permite que el respaldo de las obligaciones del contrato concesión portuaria se realice a través de “pólizas expedidas por compañías de seguros legalmente autorizadas para funcionar en Colombia, garantías bancarias a primer requerimiento o primera demanda y, en general, los demás mecanismos de cobertura del riesgo autorizados por las disposiciones reglamentarias aplicables para el efecto, siempre y cuando cumplan con las condiciones de idoneidad y suficiencia”. Es decir, las garantías de cumplimiento contractual no están circunscritas a las pólizas otorgadas por compañías de seguros.

Así, en concordancia con la norma citada, en cuyo texto se hace alusión a otros “mecanismos de cobertura de riesgos”, el artículo 2.2.1.2.3.1.2 del Decreto No. 1082 de 2015 posibilita otorgamiento de garantías contractuales distintas a las pólizas, tales como “patrimonios autónomos” y “garantías bancarias”.

Adicionalmente, en lo tocante a la eventual incorrección en la tipificación de la conducta, debido al empleo del verbo “constituir” en lugar de “modificar”, el Despacho tampoco halla razón al contratista recurrente, puesto que, la póliza aludida en el recurso No. 100121000805 (póliza de responsabilidad civil extracontractual) no asegura a la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A, sino a Sociedad Portuaria Río Grande S.A, lo cual comporta que aquella nunca ha cubierto los riesgos de la póliza de responsabilidad civil extracontractual y los riesgos que se amparan con la póliza de cumplimiento del contrato. De este modo, no puede predicarse “modificación” de una garantía que no se ha constituido en favor del contratista.



Incluso, en gracia de discusión, el artículo 2.2.1.2.3.2.2 del Decreto No. 1082 de 2015, referente a las cesiones de contratos estatales a los garantes, establece que una vez cedido el contrato, el nuevo titular de la obligación debe constituir nuevas garantías, como se aprecia a continuación:

*“Artículo 2.2.1.2.3.2.2. Cesión del contrato. Si hay lugar a cesión del contrato a favor del garante, este está obligado a **constituir** las garantías previstas en el contrato”.*

De esta manera, no se incurrió en ninguna incorrección en la tipificación de la falta cometida, ni en la subsunción de la conducta.

Por otro lado, el concesionario, igualmente, sostiene que frente el incumplimiento por no constitución de las garantías ha operado la caducidad de la facultad administrativa sancionatoria prevista en el art. 52 del C.P.A.C.A., en virtud de que, de acuerdo con términos del contrato, las pólizas debieron presentarse el dos (2) de junio de 2014 y, en ese sentido, el incumplimiento se verificó en dicha fecha y, desde ese momento, deben contabilizarse tres (3) años que expiraron el dos (2) de junio de 2017.

Antes de evaluar el argumento anterior, el despacho considera conveniente subrayar que *“la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no solo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual, así como también proteger el patrimonio público de los detrimentos que se puedan causar con ocasión de eventuales incumplimientos en que incurra el contratista”³.*

En consecuencia, cuando se omite la obligación de cubrir los riesgos que pueden amenazar la normal ejecución del contrato, además de incumplir el propio acuerdo, se afecta el interés general y el patrimonio público durante todo el período, en el cual las obligaciones contractuales se encuentren carentes del amparo o respaldo obligatorio.

Entonces, la *“no constitución de garantías”* constituye una conducta permanente o continuada cuya consumación se prolonga por el tiempo que persista el comportamiento contrario al deber legal, *“razón por la cual el término de caducidad empieza a computarse desde que cesa la conducta objeto de reproche”⁴.*

Asimismo, vale la pena destacar que, frente al contrato de concesión, el Consejo de Estado ha señalado que la constitución de las garantías previstas en las normas que regulan la actividad administrativa (tales como los decretos

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 2002-02810 de 27 de enero de 2016: Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso, Sección Quinta. Sentencia 25000-23-24-000-2012-00788-01 del 12 de abril de 2018. C.P: Carlos Moreno Rubio



1082/2015 y 1079 de 2015) es de obligatoria observancia, como se aprecia en el texto transcrito a continuación: *“la finalidad primordial de esta tipología especial de contrato tendiente a procurar la satisfacción de los intereses generales o finalidades estatales y de preservar el patrimonio público, no solamente le son aplicables las disposiciones que de manera general regulan los contratos de seguro previstas en el Código de Comercio, sino también aquellas que de forma especial regulan algunos de sus aspectos en derecho público*

En síntesis, está suficientemente demostrado que la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A incumplió la obligación de constituir las garantías de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, conducta que aún es susceptible de ser sancionada por tratarse una **conducta continuada**.

5.1.3. Exoneración de responsabilidad por aplicación de la excepción de contrato no cumplido y hecho de un tercero

Como se reseñó previamente en relación con la excepción de contrato no cumplido, el concesionario sostiene que existen obligaciones que en virtud del *principio pacta sunt servanda*, trascienden lo que se encuentre escrito en el contrato de concesión, entre las cuales se encuentre aquélla relacionada con la entrega material del inmueble para el desarrollo del proyecto portuario.

A esto agrega que, desde el año 2012 el concesionario no cuenta con la tenencia del inmueble entregado en concesión, lo cual dio lugar a tramitar el amparo policivo que no surtió sus efectos y, además, aduce que el hecho de haber informado que la ocupación de la DIMAR en el año 2016 no significa que ésta no se hubiera presentado antes.

En atención a cada uno de estos argumentos, el despacho considera que; en primer lugar, esta entidad estima pertinente analizar las disposiciones de la ley 1 de 1991 (Estatuto de Puertos Marítimos) en lo referente a la gestión y asignación del riesgo predial en la estructuración y ejecución de los contratos de concesión portuaria. Así, en el artículo No. 9 de la citada ley, se establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 9. Petición de concesión. *Las personas que deseen que se otorgue una concesión portuaria, harán la petición respectiva a la Superintendencia General de Puertos.*

La solicitud debe llenar los siguientes requisitos:

(...)

9.2. *Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio.*

9.6. *Garantizar, en los términos que establezca el reglamento, que, en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciarán y terminarán en un plazo preciso. El plazo se establecerá teniendo en cuenta, entre otros*



factores, la posibilidad jurídica y práctica de disponer de los terrenos necesarios para hacer efectiva la concesión”.

En la norma transcrita se aprecia que el legislador asignó al solicitante de la concesión, la carga de ubicar las porciones de territorio (franja de uso público y zona adyacente) a ocupar y, también, proponer el plazo para la ejecución de las obras, teniendo en cuenta las posibilidades jurídicas y prácticas para disponer de los terrenos. Adicionalmente, el art. 16 de la ley 1 de 1991 preceptúa que “*si la sociedad a la que se otorga una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad*”. Es pues claro, que el legislador trasladó al concesionario el riesgo de gestionar la adquisición de los inmuebles sobre los cuales se proyectaren construir y operar las instalaciones portuarias.

Por otro lado, en ninguna de las estipulaciones del contrato de concesión portuaria No. 19 de 1997 ni en sus otrosíes modificatorios, se convino que la entidad concedente garantizaría la disponibilidad jurídica y material sobre las áreas concesionadas. En conclusión, no es procedente la aplicación de la excepción de contrato no cumplido, bajo el argumento de que una persona o entidad distinta de esta Corporación ha impedido el acceso a la zona adyacente o la franja de uso público, como quiera que esta ha observado sus obligaciones legales y contractuales.

En cuanto a la aseveración, según la cual el concesionario no cuenta con la tenencia del inmueble y, por tal razón, tramitó un amparo policivo con resultados infructuosos. Sobre el particular, esta Corporación se permite reiterar que los diferendos existentes, entre el titular de la concesión y los titulares de derechos reales sobre las zonas adyacentes, deben ser dirimidos por el concesionario, en los términos del art. 16 de la ley 1 de 1991. Ahora bien, el concesionario recurrente trastoca la verdad, al afirmar que impulsó el trámite policivo, pues, la evidencia que reposa en el expediente da cuenta que la parte querellante fue la DIMAR y el querellado Trafico & Logística S.A. (Acta, diligencia de inspección ocular de la Inspección Décima de Policía Urbana de Barranquilla: 9 de noviembre de 2016).(fl 9)

Tampoco merecen crédito las afirmaciones que indican que, desde el año 2012, no cuentan con la tenencia de las áreas concesionadas, pues, conforme a lo declarado por la propia sociedad investigada, en oficio del 20 de octubre de 2016, se expresó:

“Es por ello que nos preocupa tremendamente la situación que se presentó el pasado 18 de octubre de 2016 cuando la DIMAR ingreso intempestivamente en la zona que nos fue concesionada, indicando que eran los propietarios del inmueble, lo cual no es posible legalmente, sino que además vulnera nuestro derecho como concesionarios. En ese ingreso mencionado participó el Teniente Manuel Gutiérrez junto con dos soldados, según el registro fotográfico adjunto. (...)” (negrilla fuera de texto) (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 9)





Nótese que, en el aparte transcrito, la Sociedad Portuaria Parques Urbanos emplea la expresión “*intempestivamente*”, denotando que el ingreso realizado por la DIMAR fue “*inoportuno*” o “*fuera de tiempo*”, es decir, que rompió una situación de normalidad con relación al ejercicio de las actividades realizadas por el operador portuario (Tráfico & Logística S.A) del concesionario.

En sentido similar, en acta de reunión del 25 de octubre de 2016, celebrada entre funcionarios de la DIMAR y la señora Adriana Rosado, quien se identificó como asesora de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A, ésta expresó lo siguiente: “*Dejo (sic) el contrato inicial que fue celebrado en monómeros, resolución por medio de la cual se suspende el contrato lo que nos lleva a determinar que la concesión no se vence en el 2017 si no se prorroga 4 años más, resolución por medio de la cual Cormagdalena le sede (sic) a parques urbanos dicho tema. Para parques urbanos fue una sorpresa la reacción de la DIMAR, ya que entro (sic) al sitio y desmonto (sic) todo lo que se encontraba*” (prueba 14 informe de interventoría).

Véase que, en esta oportunidad, se empleó la palabra “*sorpresa*”, con la cual se quiso significar que las medidas adoptadas por la DIMAR fueron imprevistas e incompresibles respecto del concesionario, sugiriendo que, previamente a la incursión referenciada, la sociedad concesionaria venía ejercitando sin cortapisas o limitaciones el derecho de uso sobre la zona adyacente.

En definitiva, no es cierto que la ocupación de la DIMAR se haya realizado con anterioridad al 18 de octubre de 2016, como erradamente lo sugiere el concesionario en su recurso de reposición, razón por la cual no tiene vocación de prosperar este argumento.

5.1.4. Indebida tasación de la multa por incumplimiento parcial

Otro de los reparos, elevado por el concesionario contra la resolución primitiva estriba en la incorrecta tasación de la multa, en el sentido de que la liquidación de la sanción se sustentó en la cláusula Décima Cuarta, referente a la caducidad; desconociendo que la norma aplicable era la cláusula Décima Tercera del Contrato No. 019 de 1997 que reza: “*Cuando se haya producido mora o incumplimiento parcial de las obligaciones legales y contractuales por parte de EL CONCESIONARIO, LA SUPERINTENDENCIA le impondrá multas sucesivas. Cada multa podrá ser hasta por valor de 35 días de ingresos brutos de EL CONCESIONARIO, calculados con base en los ingresos del mes inmediatamente anterior a aquél en el cual se impone multa, de conformidad con el artículo 42 de la Ley 01 de 1991. El monto de graduará atendiendo a los perjuicios causados, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y las instalaciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de EL CONCESIONARIO. Si este no proporcionare información suficiente para determinar el monto se le aplicarán las sanciones previstas por el artículo 41 de la Ley 01 de 1991, y el Decreto Reglamentario 1002 de 1993. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con el artículo 42 de la citada ley. PARÁGRAFO. En el evento que no sea posible la aplicación de la multa establecida en la cláusula precedente, se cobrará por concepto de intereses moratorios la tasa equivalente.*”



al doble del interés legal civil sobre le valor histórico actualizado de conformidad con el inciso 2 del numeral 8 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993”.

La lectura de la estipulación transcrita *prima facie* sugeriría que, ante la imposibilidad de determinar los ingresos brutos del concesionario, la autoridad dispone de otros mecanismos para fijar el valor de la multa, siempre que haga remisión al art. 41 de la ley 1 de 1991. Sin embargo, el texto del artículo 41 de la ley 1 de 1991 no contiene otros métodos para tasar el *quantum* de las multas, como se aprecia a continuación:

“ARTÍCULO 41. Sanciones. *Las infracciones a la presente Ley podrán sancionarse con multas, con la suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos, con la intervención de un puerto o con la caducidad de las concesiones, licencias o autorizaciones del infractor.*

Podrán imponerse multas hasta por el equivalente de 35 días de ingresos brutos del infractor, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y de las instituciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia. Si el infractor no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén.

Podrá, igualmente prohibirse que un determinado usuario de los puertos, los use de nuevo o preste allí sus servicios hasta por el término de un año.

La intervención de un puerto, prevista en el numeral 28.9 del artículo 28 de esta Ley, podrán adoptarse también como sanción, cuando las sanciones descritas atrás, o la caducidad, no sean efectivas o perjudiquen injustificadamente a terceros”.

Por su parte, el artículo 20 del Decreto 1002 de 1993, reglamentario del artículo 41 de la ley 1 de 1991 (previamente citado), tampoco contempla lineamientos adicionales para fijar el monto de las multas, en aquellos casos en los que no se disponga de información que permita calcular los ingresos brutos de la sociedad portuaria investigada. Para dar cabal noción de lo expuesto, este Despacho se permite traer a colación el texto de la norma en comento:

“Artículo 20. Las sanciones. *La infracción a la Ley 01 de 1991 o a las normas que la modifiquen, adicionen o reglamenten, dará origen a la aplicación de las siguientes sanciones:*

1) *Podrán imponerse multas hasta por el equivalente de treinta y cinco (35) días de ingresos brutos del infractor, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquél en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y de las instituciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia.*





Si el infractor no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén.

Parágrafo. *Una vez ejecutoriada la resolución por la cual se impone una multa, de conformidad con el presente Decreto, prestará mérito ejecutivo por jurisdicción coactiva, según lo establece el artículo 68 numeral 1 del Código Contencioso Administrativo.*

2) Suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos. Podrá, igualmente prohibirse que un determinado usuario de los puertos, los use de nuevo o preste allí sus servicios hasta por el término de un año.

3) Caducidad de la concesión o licencia portuaria o autorizaciones del infractor.

4) Cuando las sanciones anteriores no sean efectivas o perjudiquen injustificadamente a terceros, la Superintendencia General de Puertos podrá directamente intervenir un puerto, en los términos previstos por el artículo 27 numeral 27.9 de la Ley 01 de 1991”.

De esta suerte, es claro que ni en las disposiciones contractuales ni en las que éstas hacen remisión, se prevén métodos que permitan tasar las multas con base en parámetros distintos a los “*ingresos brutos*” del concesionario.

Hechas las precisiones anteriores, debe dilucidarse si esta Corporación aplicó indebidamente la cláusula Décima Cuarta del contrato No. 019 de 1997 relativa a la caducidad del contrato. Con tal propósito, el Despacho destaca que, al tenor de la cláusula Décima Cuarta del contrato No. 019 de 1997, el baremo para tasar la sanción económica por caducidad equivale al diez por ciento (10%) del valor total de la contraprestación portuaria, esto es, **ochenta y cuatro mil ciento treinta y tres dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 84.133)**⁵.

Sin embargo, en la Resolución No. 000148 del 23 de mayo 2019 se tasó el valor de la multa, tomando en cuenta la magnitud económica de cada uno de los incumplimientos, en virtud de los cuales se inició el presente procedimiento y a éstos se aplicó un porcentaje del diez por ciento (10%). De este modo, la ponderación de la gravedad por el no pago de la contraprestación portuaria tomó como base el valor efectivo de la deuda del concesionario; y, en lo que respecta a la no constitución de garantía de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual, el impacto del incumplimiento se cifró con base en los montos mínimos asegurables definidos en las normas legales, a los cuales se les aplicó un porcentaje del diez por ciento (10%).

De esta manera, no es cierto que esta Corporación haya aplicado la cláusula Décima Cuarta del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997, en tanto,

⁵ Convertidos a moneda colombiana, a fecha del 23 de mayo de 2019, **ochenta y cuatro mil ciento treinta y tres dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (USD 84.133)** equivalen a **doscientos ochenta y un millones cuatro mil doscientos veinte pesos (\$281.004.220)**.



que la sanción impuesta se sustentó en los principios de proporcionalidad, racionalidad y razonabilidad.

Vale decir que el Consejo de Estado, en lo tocante a la adopción de decisiones discrecionales, ha señalado que *“la discrecionalidad, en cuanto fenómeno con trascendencia jurídica, se concibe como un margen permitido de acción a las autoridades de cualquiera de los poderes públicos, en los eventos en que debiendo adoptar una decisión, el marco de sujeción a su actuación establecido por el ordenamiento jurídico resulta a todas luces indeterminado, correspondiéndole construir la decisión y, por lo tanto, las consecuencias jurídicas de la misma, bajo consideraciones objetivas de acatamiento y respeto al orden jurídico y a sus principios estructurantes.*

Conforme a este entendimiento de la discrecionalidad, sobra advertir, entonces, que en cualquier ordenamiento jurídico sustentado en la cláusula del Estado social y democrático de Derecho, se debe partir de un concepto de discrecionalidad sustentado en la idea de una simple “habilitación” normativa a la autoridad para la concreción del derecho bajo escenarios de indeterminación, sustrayendo, por lo tanto, cualquier explicación del fenómeno de la artificial y peligrosa argumentación de estar vinculada su existencia a un ámbito de “libertad de selección”, arbitraria, subjetiva o pasional del servidor público”⁶.

Y, además, ha destacado que *“allí donde el juez administrativo no esté gobernado por reglas, lo más posible es que la actuación se soporte en principios o mandatos de optimización, luego la proporcionalidad y ponderación no son metodologías extrañas en la solución de conflictos y en la reconducción de la actividad de la jurisdicción contencioso-administrativa al cumplimiento material de los postulados del Estado social de derecho. En todo caso, la proporcionalidad y la ponderación no representan ni la limitación, ni el adelgazamiento de los poderes del juez administrativo, sino que permiten potenciar la racionalidad y la argumentación como sustento de toda decisión judicial”.*

Cabe anotar que, de acuerdo con el informe de interventoría No. .CINP-379-093-0645 del 21 de marzo de 2017, la inactividad en operaciones de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos desembocó en la imposibilidad de determinar el monto de los ingresos brutos mensuales y, por ende, esta Corporación no podía servirse de ese criterio para valorar la magnitud del incumplimiento. No obstante, ello no es óbice para que el Estado soslaye el deber legal de apremiar al contratista incumplido a proveer los servicios, bienes o infraestructura ofrecidos; en la medida que, el numeral 1 del art.4 de la ley 80 de 1993 preceptúa que, con el fin de garantizar el cumplimiento de los fines estatales, las entidades públicas *“exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado”.* Esto daría tanto como premiar al contratista por su incumplimiento.

1. ⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C: Sentencia del 26 de noviembre de 2015. C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa





Entonces, no pueden ser de recibo interpretaciones que preconicen la imposibilidad de apremiar al concesionario, debido a que, por la nula explotación de la infraestructura entregada, no se registran flujos de ingresos que permitan tasar el ingreso bruto mensual de la sociedad portuaria. Aceptar una posición de esta naturaleza, equivaldría a privilegiar la incuria del contratista que no despliega el esfuerzo mínimo para dar principio de ejecución a la actividad económica a la que se obliga. Esto daría lugar a que se presenten escenarios absurdos como el siguiente:

Sería pasible de sanción un concesionario que acredite el aprovechamiento económico de la infraestructura portuaria entregada (lo cual, sin duda, es una de las finalidades del contrato de concesión); mientras que, otro concesionario que no emprenda ninguna gestión empresarial para explotar o usar los bienes concesionados estaría sustraído de cualquier multa orientada a compelerlo a cumplir el objeto contractual, porque no registra ninguna suerte de ingresos y, consecuentemente, no es posible extraer una cifra que corresponda a "ingresos brutos".

Además, admitir lo anterior supondría cohonestar la contravención del principio de que "*nadie puede alegar su propia culpa*" (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*), lo cual rompe con la lógica, la igualdad y el sentido de justicia que informan al régimen jurídico de la contratación estatal.

Por otro lado, frente a la aplicación de los criterios de graduación de las sanciones referentes al impacto sobre la buena marcha del puerto y la reincidencia, los cuales, según el concesionario, no fueron valorados en la resolución recurrida, el Despacho encuentra que estas circunstancias sí fueron valoradas y aplicadas en función de la naturaleza de las infracciones, pues, se explicitaron las repercusiones derivadas de no cubrir los riesgos asociados a la operación de la infraestructura pública entregada en concesión y el detrimento económico causado por el no pago de la contraprestación portuaria.

Con respecto a la reincidencia, la multa impuesta no tuvo en cuenta ningún incumplimiento previo del contratista y, por ende, no se agravó el *quantum* de la sanción por virtud de este criterio.

En síntesis, la sanción impuesta mediante la Resolución No. 000148 de 2019 no aplicó lo fórmula aritmética para tasar el incumplimiento prevista en la cláusula Décima Cuarta del Contrato No. 19 de 1990, que correspondía al diez por ciento (10%) del total de la contraprestación portuaria, sino que dosificó la multa, con base en criterios sustancialmente menos gravosos y relacionados con las faltas.

5.2. Seguros Generales Suramericana S.A

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre el recurso interpuesto por la sociedad Seguros Generales Suramericana S.A, previa síntesis de los argumentos expuestos en la audiencia de sustentación.





Para la sociedad recurrente, la decisión primitiva no motivó en debida forma cuáles fueron los hechos que configuraron el presunto incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos y, además, desconoce que ya ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria y la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, conforme a lo señala el artículo 1081 del Código de Comercio.

Remarca que esta entidad omitió exponer las razones en que se funda la afectación de la póliza y el llamamiento como garante dentro del presente procedimiento, por consiguiente, solicitó la revocatoria de la resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019 y la desvinculación de la actuación administrativa.

Al respecto, se aprecia que el recurrente hace una interpretación incorrecta de la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019, puesto que, esta no adoptó ninguna determinación orientada a la afectación de póliza o garantía alguna, como consecuencia lógica de que se sancionó al concesionario asegurado por la no constitución de las garantías legales de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual.

En otras palabras, la resolución primitiva no declaró el siniestro de ninguna póliza o garantía, ya que se demostró que el concesionario sancionado no otorgó el respaldo que amparara los riesgos de incumplimiento y daños a terceros que pudieren derivarse de la ejecución del contrato No. 019 de 1997, de modo que resulta jurídicamente imposible emitir un pronunciamiento encaminado a la afectación de alguna póliza de seguro, por sustracción de materia.

6. CONCLUSIÓN

En conclusión, esta Corporación encuentra probado el incumplimiento parcial de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A respecto al no pago de las cuotas de contraprestación portuarias y no constitución de las garantías de cumplimiento y responsabilidad civil extracontractual y, además, advierte que no ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria con relación a ninguna de las infracciones examinadas. Por lo tanto, se confirmará en su totalidad la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, en su totalidad, la Resolución No. 000148 del 23 de mayo de 2019, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia




ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.**, identificada con NIT 901.020.871-2 y al representante legal y/o apoderado de la **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, identificada con NIT 890.903.407 – 9 o a quien haga sus veces.

ARTÍCULO TERCERO: Contra la presente resolución no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los trece (13) días del mes de septiembre de 2019.


DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero Silva / Abogada OAJ 
Proyectó: Enson O'Neill / Profesional U.



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia