

Resolución No.00079 del 16 de marzo de 2020

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 414 del 26 de diciembre 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 No. 1082 de 2015, Resolución No. 215 del 16 de mayo 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 *“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 les 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, el artículo 18 de la ley 80 de 1990 establece que *“la caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la*





ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre”.

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 (...).”


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 veintisiete (27) de diciembre de 2005, la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A solicitó el otorgamiento de una concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de un sector de uso público en la ribera del río Magdalena con las zonas de maniobra, y la infraestructura portuaria allí existente de propiedad de Cormagdalena en el municipio de Puerto Berrío, Antioquía. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 2.2** Que, mediante Resolución No. 285 de 2006, aprobó el otorgamiento de una concesión portuaria para el uso y goce en forma temporal y exclusiva de un sector de uso público en la ribera del Río Magdalena con las zonas de maniobra, y la infraestructura portuaria allí existente de propiedad de Cormagdalena en el municipio de Puerto Berrío, Antioquía. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 2.3** Que, el día dieciocho (18) de octubre de 2009, se protocolizó la entrega del terminal portuario a la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 2.4** Que, el diecinueve (19) de marzo de 2009, Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A suscribieron el contrato No. 02-2009, en cuya cláusula primera se estableció como objeto el siguiente: *"LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A., de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1. Se otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público en la ribera del Río Magdalena con su respectiva zona de maniobra, bienes fiscales de propiedad de la Corporación, descritos en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Octava de este contrato, a favor de la CORPORACIÓN. 1.2. El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a la SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público en la ribera del Río Magdalena, con su respectiva zona de maniobra, en el municipio de Puerto Berrío, Departamento de Antioquía y la infraestructura existente allí, propiedad de CORMAGDALENA, por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato"* (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 2.5** Que, el día diez (10) de agosto de 2010, las partes suscribieron el otrosí No. 1 al contrato No.02 de 2009, en virtud del cual se modificó la forma de pago de la 





contraprestación por zona de uso público (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 6).

2.6 Que, en cumplimiento de la cláusula Novena del contrato de concesión No. 02 de 2009, mediante Resolución No. 000172 del 10 de junio de 2011, Cormagdalena aprobó el Plan de Inversiones presentado por la Sociedad Administradora Portuaria de Puerto Berrío S.A. En dicha resolución se resolvió lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO. INVERSIONES APROBADAS: Aprobar el Plan de Inversiones presentado por la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A., SÓPORTUARIA, de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión portuaria No. 02 del 05 de marzo de 2009 así:

Actividades	Fechas	Valor
Obras civiles consistentes en muros de cerramiento, malla y puertas de acceso principales, inversión sistema eléctrico sector sur, instalaciones portuarias y puertas de acceso.	Inicio de obras a partir del 15 de enero de 2014 a junio de 2014	\$175'300.000
Adquisición grúa móvil marca p&h 5100, modelo 1984, Cap 100ton motor Detroit 6v71 turbo 6 cilindros de orugas boom de 210 pies, accesorio Palecta-Almeja-Balde valor USD 220.000 TRM: \$2.111	La compra de esta grúa se proyecta para segundo semestre de 2015	\$350'000.000
TOTAL		525.300.000

PARAGRAFO PRIMERO: Los montos y alcance de las inversiones aprobadas serán realizadas dentro de los bienes de uso público y bienes fiscales concesionados en virtud del contrato de Concesión Portuaria No. 02 del 02 de marzo de 2009.

PARAGRAFO PRIMERO: El monto de las inversiones es referencial y deberá ejecutarse por valor igual o superior al indicado.

PARAGRAFO SEGUNDO: Los montos aprobados no incluyen costos asociados a la gerencia del proyecto, interventoría y/o otros gastos administrativos necesarios para la administración del proyecto" (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 7-8).

2.7 Que, mediante oficio No. 2014100701 del 24 de abril de 2014, Cormagdalena autorizó la construcción de una planta de abastecimiento de crudo y combustibles líquidos derivados del petróleo (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 8).

2.8 Que, el tres (3) de marzo de 2017, mediante citación C.E OAJ 201703000600, Cormagdalena dio inicio a procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento grave y con fines de caducidad contra la Sociedad Portuaria Puerto Berrío S.A., conforme se reseña el acápite subsiguiente.



2.9 Que, el diez (10) de julio de 2019, mediante citación No. 201903001731, Cormagdalena vinculó al presente procedimiento administrativo sancionatorio a la Seguros Generales Suramericana S.A. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 215-214).

2.10 Que, mediante Resolución No. 414 del veintiseis (26) de diciembre de 2019, esta Corporación resolvió lo siguiente:

«ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento grave y la caducidad del contrato No. 002 del 5 de marzo de 2009 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A-SOPORTUARIA S.A, identificada con NIT 811.005.886 - 3, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, AFECTAR la cláusula penal del contrato No. 002 del 5 de marzo de 2009 suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A-SOPORTUARIA S.A, identificada con NIT 811.005.886 - 3, por la suma de setenta y cinco millones doce mil ochocientos doce pesos, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, ORDENAR la liquidación del contrato de concesión portuaria No. 02 del 5 de marzo de 2009, de conformidad con lo establecido en la ley.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR ocurrido el siniestro de incumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 02 del 5 de marzo de 2009 y, como consecuencia, AFECTAR el amparo cumplimiento de la póliza No. 1508107-5 expedida por SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, identificada con NIT 890.903.407-9».

3. HECHOS SUSCEPTIBLES DE INCUMPLIMIENTO GRAVE Y CADUCIDAD DEL CONTRATO A CARGO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA PUERTO BERRÍO S.A.

De acuerdo con la citación C.E OAJ 201703000600 del 3 de marzo de 2017, sustentado en el informe de interventoría CINP-379-079-0391 del 20 de febrero de 2017, a continuación, se relacionan los hechos susceptibles del presunto incumplimiento grave de las obligaciones contractuales por parte de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA PUERTO BERRÍO S.A., así:





«7.1 POSICIÓN TÉCNICA

A la fecha de edición de este informe el proyecto portuario no ha sido ejecutado, tal y como consta en el Acta de técnica realizada el 31 de octubre de 2016, por parte de la interventoría y un representante del Concesionario, la señora Sandra Cujíño Tapasco. En efecto, en dicha visita se identificó que no hay obra alguna construida y que no se está operando de acuerdo a lo contemplado en el contrato”.

Dado lo anterior LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A. ha incumplido con las siguientes obligaciones contractuales:

- Construcción de Obras civiles consistentes en: muro de cerramiento, malla y puertas de acceso principales, inversión sistema eléctrico sector sur, instalaciones portuarias y puertas de acceso. Fecha programada de ejecución: del 15 de enero de 2014 - junio de 2014. Valor Inversión: COP \$175.300.000
- Adquisición grúa móvil marca p&h 5100, modelo 1984, Cap 100ton motor Detroit 6v71 turbo 6 cilindros de orugas boom de 210 pies, accesorio Palecta-Almeja-Balde (valor USD 220.000 TRM: \$2.111). Fecha programada de ejecución: segundo semestre de 2015. Valor de Inversión: COP \$350.000.000

Lo anterior representa un incumplimiento grave y directo que afecta la ejecución del contrato e imposibilita el cumplimiento del objeto contractual.

7.2 POSICIÓN ADMINISTRATIVA

Como consecuencia de la no construcción de obras y compra de equipos LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A no ha cumplido hasta el momento con el movimiento de carga proyectado para esta concesión. Tal como pudo evidenciarse en el cuadro de carga proyectada vs ejecutada suministrada por el concesionario mediante comunicado SPGO37/2016.

El epígrafe de la citación aludido, en el cual se reseñaron los hechos susceptibles de incumplimiento, se concluyó que la conducta del concesionario se concretaba en la inobservancia de las siguientes obligaciones contractuales: “i) no ejecutó el plan de inversiones; ii) no pago de contraprestaciones; iii) no operó la actividad portuaria, entre otras. Dichos incumplimientos, evidentemente afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato y han generado una parálisis de la actividad portuaria en esa zona del Distrito de Barranquilla en los últimos 18 años.

7.3 POSICIÓN FINANCIERA

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A se encuentra en mora con los pagos de contraprestación Cormagdalena. Tal información fue verificada en los aportes de pago presentados por el concesionario y cruzados con el estado de cuenta realizado por Cormagdalena con corte 31 de diciembre de 2016”





(...)

7.5.1 INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO DE LA OBLIGACIÓN DE MANTENER VIGENTES LAS PÓLIZAS

De modo que, para esta interventoría es claro que la Sociedad Portuaria se encuentra incumpliendo la obligación consignada en el numeral 11 de la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión Portuaria que indica que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A debe "Mantener vigentes las pólizas que se constituyen durante la ejecución de la concesión y reponer su monto cada vez que se reajuste, disminuya o agote". Incumplimiento que a todas luces es grave y repercute directamente en el proyecto».

Teniendo en cuenta las consideraciones, el informe de interventoría CINP-379-079-0391 del 20 de febrero de 2017 concluyó que el concesionario había incumplido obligaciones contractuales consistentes en:

- i. No desarrollo de actividades portuarias.*
- ii. No ejecución del plan de inversiones.*
- iii. Mora en el pago de la contraprestación.*
- iv. No mantener vigentes las pólizas".*

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

El día veintisiete (27) de febrero de 2017, se instaló la audiencia y tras comprobar la personería jurídica de los asistentes, el Despacho informó a los convocados que el trámite establecido para el Procedimiento Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad contrato de concesión portuario No. 02 de 2009, era el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

A continuación, y en concordancia con el literal a) y b) del referido artículo, el Despacho presentó las circunstancias de hecho que motivaron la presente actuación, las pruebas, las normas o cláusulas presuntamente violadas y las consecuencias jurídicas que podrían derivarse para el contratista, y que fueron puestas en conocimiento de las partes e intervinientes mediante los oficios de citación No. CE-SGC-2016102366 en los puntos "I. DATOS BÁSICOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN". II "HECHOS SUSCEPTIBLES DE INCUMPLIMIENTO GRAVE POR PARTE DEL CONCESIONARIO Y PRUEBAS". III "FUNDAMENTOS DE DERECHO PARA ADELANTAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO", "IV "NORMAS Y CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VULNERADAS POR EL CONCESIONARIO", "V CONSECUENCIAS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LAS OBLIGACIONES A CARGO DEL CONCESIONARIO", "VI GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO", "VII FECHA, HORA Y LUGAR DE LA AUDIENCIA", "VIII TERMINOS PARA CONTROVERTIR LOS CARGOS" y "IX ANEXOS".

El desarrollo de la audiencia, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, fue el siguiente:





4.1 Sesión del veinticinco (25) de mayo de 2017

El concesionario solicitó aplazamiento, esgrimiendo que suscribieron otro contrato de seguro con Seguros del Estado S.A y ya Suramericana no era su asegurador. Se reprogramó para el 5 de junio de 2017.

4.2 Sesión del cinco (5) de junio de 2017

En esta sesión, Sociedad Portuaria Puerto Berrío S.A y Seguros Generales Suramericana S.A presentaron sus descargos, arguyendo las razones que sintetizan a continuación.

Sociedad Portuaria Puerto Berrío S.A -Soportuaria S.A

El concesionario, a través de su representante legal, se refirió puntualmente a los cargos así:

- *No desarrollo de actividades portuarios:* Sostuvo que las compañías navieras se han negado a prestar el servicio por las condiciones del canal navegable, lo que convierte este hecho en una circunstancia de fuerza mayor para el concesionario.

Añadió que, a pesar de esta circunstancia de fuerza mayor, Soportuaria ha buscado alternativas que generen ingresos para el sostenimiento de la actividad portuaria, encontrando alternativas en los proyectos de infraestructura cercanos como el nuevo puente de Puerto Berrío ejecutado por la firma OHL. Producto de estas actividades portuarias, la sociedad ha registrado una mejoría como lo evidencia sus estados resultados (aportados).

- *No ejecución del Plan de Inversiones:* Al respecto, aseveró que el plan de inversiones inicial contemplaba la adquisición de grúa móvil; sin embargo, debido a la escasa movilización de carga, decidieron sustituir dicha inversión por otras económicamente más cuantiosas, las cuales se encuentran ejecutadas y aprobadas.

Agregó que las inversiones actuales en la concesión indican una mayor inversión a la pactada, la cual a su vez fue informada y aprobada por Cormagdalena, mediante comunicación No. 2014100701 del 24 de abril de 2014. Además, anota que, mediante comunicación del 28 de septiembre de 2010, el Director Ejecutivo se comprometió a garantizar la navegabilidad del canal fluvial a partir de febrero de 2011, sin embargo, hasta la fecha, dicho compromiso no se ha cumplido.

Asimismo, señaló que la resolución aprobatoria del Plan de Inversiones establece que los montos son referenciales y éstos deben ejecutarse por valor igual o superior al indicado, lo cual, de acuerdo con lo planteado desvirtúa la no ejecución del Plan de Inversiones.





- *No mantener las pólizas vigentes:* Durante el desarrollo de la sesión, expresó que están ya habían sido aportadas, pero Cormagdalena solicitó aclaraciones que pronto serían atendidas.

Seguros Generales Suramericana S.A

Seguros Generales Suramericana S.A., a través de su apoderado especial indicó que coadyuvaban los argumentos o descargos elevados por el concesionario y, seguidamente, se refirió a cada uno de los cargos elevados en la citación:

- *No desarrollo de actividades portuarias:* Las condiciones del canal de acceso no son óptimas por circunstancias constitutivas de fuerza mayor y caso fortuito. Pero, producto de actividades portuarias el concesionario ha registrado un mejoramiento económico como lo registran los estados financieros revisados por la Superintendencia de Puertos.
- *No ejecución del Plan de Inversiones:* Cormagdalena no ha garantizado la navegabilidad necesaria para la operación del puerto, por tanto, la entidad se hace responsable de la inejecución de las obligaciones.
- *No pago de las contraprestaciones:* No es responsabilidad del contratista, porque existe imposibilidad de transporte de carga a través del canal y ello ha impedido al concesionario recaudar los recursos necesarios para el pago.
- Asimismo, indicó que la póliza otorgada por Suramericana tuvo vigencia hasta el 23 de abril de 2013 y a quien debe citarse es Seguros del Estado, nuevo garante del concesionario.

Por último, señaló que la citación no cumple con los requisitos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011 con respecto al garante, pues, no hay mención expresa de los hechos constitutivos de incumplimiento y desconoce la negligencia de Cormagdalena al garantizar la navegabilidad.

4.3 Sesión del trece (13) de junio de 2017

Se sustituyó poder a Adelaida Pedraza Cabrera, por parte de Suramericana. Se decretó la práctica de una prueba por informe de carácter técnico, financiero y jurídico a cargo de la interventoría con el fin de que pronunciara sobre los descargos presentados por el concesionario y su garante.

4.4 Sesión del veintinueve (29) de noviembre de 2017:

Se reprogramó la audiencia, porque la interventoría no había entregado su informe.

El concesionario informó que radicó ante Cormagdalena aporta una solicitud sobre el Plan de Inversiones, de la cual se dio traslado a Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena para que se pronunciara a más tardar el 7 de diciembre sobre la solicitud. *ml*





4.5 Sesión del veintisiete (27) de febrero de 2018

Se dio lectura del informe de interventoría, rendido por Consorcio Puertos, y se corrió traslado para el 6 de marzo de 2018.

4.6 Sesión del seis (6) marzo de 2018

Se concedió al concesionario y su garante la oportunidad para que se pronunciaran sobre el informe de interventoría trasladado en la sesión pasada, frente a lo cual ambos expresaron que no iban a solicitar aclaraciones, complementaciones y/o ajustes.

Además, Soportuaria S.A allegó documentos comunicación SPG11/2018 del 5 de marzo de 2018, radicada con No. 201802000881, en la cual relacionaba evidencias que, de acuerdo con el concesionario, demostraban la ejecución de inversiones realizadas para la construcción de una planta de abastecimiento de crudo y combustibles líquidos.

4.7 Sesión del 13 de marzo de 2018

El Subdirector de Gestión Comercial Lucas Ariza dio lectura del informe técnico MCO 256, en el cual se evaluó la documentación aportada por el concesionario mediante, comunicación SPG11/2018 del 5 de marzo de 2018, y en él se concluyó que lo aportado no permitía establecer el monto de la inversión realizada, dado que no suministraba los soportes correspondientes a facturas, comprobantes de egreso, actas de corte de obra, etc.

4.8 Sesión de 16 de mayo de 2018

Se decretó práctica de inspección ocular técnica en las instalaciones de la Sociedad Portuaria Puerto Berrío S.A – Soportuaria S.A.

4.9 Sesión de 25 de mayo de 2018

Se llevo a cabo inspección ocular técnica en las instalaciones de la Sociedad Administradora Portuaria Puerto Berrío S.A – Soportuaria S.A.

4.10 Sesión de dos (2) de agosto 2019

Se concedió a Seguros del Estado S.A la oportunidad de presentar descargos, los cuales se concretaron así:

En primer lugar, indicó, a través de su apoderado, que los hechos que motivan el procedimiento administrativo sancionatorio son anteriores a mayo de 2017 y, por tanto, de cara a Seguros del Estado S.A ya operó la prescripción de las acciones derivadas de contrato de seguro, de conformidad con el artículo 1081 de Código de Comercio.





Por otro lado, afirmó que, si la entidad considera que existen acontecimientos por los cuales debería responder Seguros del Estado S.A, se debería iniciar un procedimiento administrativo sancionatorio diferente.

También, se ordenó a la Subdirección de Gestión Comercial una certificación sobre el nivel de avance o porcentaje de avance del Plan Inversiones aprobado mediante la Resolución No. 000172 de 2011.

4.11 Sesión del cuatro (4) de septiembre de 2019

Se corrió a traslado a las partes de la certificación, emitida por la Subdirección de Gestión Comercial, sobre el nivel de avance o porcentaje de avance del cronograma de obras y Plan Inversiones aprobado mediante la Resolución No. 000172 de 2011.

4.12 Sesión del treinta (30) de septiembre de 2019

Se concedieron veinte (20) minutos a cada una de las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, los cuales se sintetizan así:

Sociedad Administradora Portuaria de Puerto Berrío S.A: Compareció su representante legal; sin embargo, no hizo ejercicio de su derecho presentar argumentos de defensa y contradicción.

Seguros Generales Suramericana S.A.: Señaló que, además de los descargos presentados en la actuación, se observara el principio de proporcionalidad de las sanciones y se compensarán los saldos a favor del contratista. También, sostuvo que la afectación de los montos asegurados, en caso de que se impusieran sanciones, se fija en la proporción de los incumplimientos.

Seguros del Estado S.A.: En primer lugar, sostuvo que había operado el fenómeno de la prescripción, toda vez que ya han transcurrido dos (2) años desde acontecieron los hechos investigados.

También, añadió que, de acuerdo al último informe, ya se había superado el incumplimiento y remató su intervención, solicitando que el archivo de la actuación administrativa, pues, ya habían prescrito las acciones derivadas del contrato de seguro.

4.13 Sesión del veintiséis (26) de diciembre de 2019

Se realizó lectura de la Resolución No. 000414 del 26 de diciembre de 2019, por medio de la cual se declaró «*el incumplimiento grave y caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 02 del 5 de marzo 2009 suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A.*» *Jul*



El futuro
es de todos

Gobierno
de Colombia



Asimismo, presentaron recursos de reposición la Sociedad Administradora Portuaria de Puerto Berrío y Seguros Generales Suramericana S.A.

4.14 Sesión del treinta (30) de enero de 2020

Se concedió a las partes intervinientes en actuación administrativa la oportunidad para sustentar los recursos de reposición interpuestos en la sesión del veintiséis (26) de diciembre de 2020. En dicha diligencia presentaron argumentos la Sociedad Administradora Portuaria de Puerto Berrío y Seguros Generales Suramericana S.A., los cuales se reseñan a continuación:

Sociedad Portuaria Puerto Berrío S.A – Soportuaria S.A.:

- La apoderada especial del concesionario indicó que Cormagdalena no había cumplido con el contrato, al no garantizar la navegabilidad mínima para la operación del puerto.
- También, destacó había caducado la facultad sancionatoria de la administración.

Seguros Generales Suramericana S.A.:

- El apoderado especial de la aseguradora solicitó que limitará la afectación de la póliza al monto asegurado, esto es, a la cifra de dieciocho millones y trescientos mil pesos (\$18.300.000).
- Asimismo, presentó un memorial contentivo de treinta y ocho (38) folios y solicitó que se tuvieran en cuenta los argumentos allí expresados.

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA PUERTO BERRÍO S.A., SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A y SEGUROS DEL ESTADO S.A., en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, indica que: "(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, tendrán la facultad de imponer las multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista"





Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...).

De igual manera, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: “Las entidades sometidas al Estatuto General de la 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 (...).”

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA PUERTO BERRÍO S.A., así como a las compañías aseguradoras SEGUROS DEL ESTADO S.A y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, con la finalidad que tanto el contratista como los garantes, durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Corporación en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE-SGC-2016102366 del 5 de diciembre de 2016.

En este orden de ideas, la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena - Cormagdalena, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA PUERTO BERRÍO S.A. en virtud del Contrato de Concesión No. 023 de 1998, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (5.1), hechos probados (5.2), caso en concreto (5.3), afectación de la Garantía Única de Cumplimiento (5.4) y consideraciones finales (5.5).

5.1 EL MARCO JURÍDICO

Previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta Oficina Asesora Jurídica atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad del contrato, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de la caducidad; y la función de la interventoría.

5.1.1 Naturaleza jurídica de la caducidad

Así las cosas, previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta oficina atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad del Contrato, estima necesaria traer a colación algunos pronunciamientos que sobre este particular ha manifestado el Consejo de Estado.

De acuerdo a la teoría general de los contratos, la cláusula de caducidad es un elemento de la naturaleza, vale decir, que se entienden incluidas, en los contratos de obra, los contratos que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal, vale decir, que de no pactarse se entenderán incorporadas en dichos contratos.





Para los contratos de concesión portuaria el marco jurídico de la caducidad se encuentra establecido desde la Ley 1° de 1991, por la cual se expide el estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones, así:

En su artículo 18, que disciplina:

“Caducidad de la concesión. La Superintendencia General de Puertos podrá declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de reposición. “

De igual forma, en su artículo 41, que señala:

“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.”

Dentro de este marco jurídico se encuentra la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así:

En el numeral 2 del artículo 14, donde regula en que contratos puede pactarse la caducidad en el entendido de ser una cláusula exorbitante, así:

“ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL. Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)



2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y **de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra.** En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales.(...)"

En el artículo 18, que disciplina:

"ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de **manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización**, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento."

En el artículo 8, que señala:

"ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR"





Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.(...)"

Conforme a las normas en comento, la caducidad, constituye la sanción más drástica que la Administración puede imponer a un contratista.

Como se dijo con anterioridad, siendo la caducidad la sanción más drástica a imponerse en materia contractual, la misma debe obedecer a unos requisitos y exigencias que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en concordancia con la ley, así:

"(...) De conformidad con lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Administración está habilitada para declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo debidamente motivado, siempre que se reúnan los siguientes presupuestos: (i) un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y (iii) que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato.(...)"¹

Como consecuencia de la anterior declaración, estos son los efectos:

"(...) Según la norma en cita, dicha declaratoria trae aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años.(...)"²

Frente a este primer requisito, es pertinente señalar que el mismo no se circunscribe a la existencia de cualquier incumplimiento, sino que se requiere que este no haya sido causado en el marco de alguna de las causales eximentes de responsabilidad.

Ahora bien, con respecto a la segunda exigencia, es decir, que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa a la ejecución del contrato, vale la pena indicar que esas

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad.25000-23-26-000-2000-02151-01 (26705). Sentencia del 26 de junio de 2014. MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

² Ibídem



expresiones hacen referencia a la relevancia o trascendencia del incumplimiento que conllevan a la afectación de la ejecución de lo contratado.

Así las cosas, no cualquier incumplimiento puede conllevar una declaratoria de caducidad, por el contrario, sólo procede esta figura frente a un incumplimiento imputable al contratista que impide de forma evidente, clara y grave la buena marcha del contrato.

Sobre el tercer requisito, y unido al anterior, no basta con que haya un incumplimiento grave que impida la ejecución del contrato, sino que se necesita que esa falta pueda conllevar de forma determinante la parálisis del contrato en sí mismo.

Por las anteriores razones es que objetivamente la caducidad, ha sido contemplada y aceptada como aquella medida que contractualmente es más drástica, para sancionar al contratista y que no puede ser tomada a la ligera y que en términos del Consejo de Estado se ha señalado:

“(...) La jurisprudencia de manera reiterada ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador. Como puede observarse, la Sala le ha dado el calificativo de sanción administrativa a esta manera de terminar anticipadamente la relación jurídica, denominación que además de incorporarla a la construcción dogmática expuesta líneas atrás presenta sustantividad como categoría jurídica y la diferencia de otras figuras de naturaleza preventiva, resarcitoria o conminatoria que se presentan cuando la autoridad administrativa hace ejercicio del ius puniendi (...)”³.

5.1.2 La interventoría en los contratos estatales

La existencia de la interventoría en los contratos estatales obedece al deber que el legislador ha impuesto a las entidades en el numeral 1º del artículo 14 de la Ley 80 de 1993, en el cual se consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

La norma establece que “las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”, por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración– que ejerza directamente dichos control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, “(...) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las

³Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 22 de octubre de 2012 Radicación: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)





obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual", sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, para lo cual se hace necesario remitirse a lo consagrado en el Ley 1474 de 2011, el anterior estatuto de contratación estatal, Decreto-Ley 222 de 1983, disponía en su artículo 120, que la entidad pública contratante debía verificar "la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor" que podía ser funcionario suyo o que podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. Por su parte, el artículo 121 del antiguo estatuto, señalaba que en los contratos se detallarían las funciones que correspondían al interventor, entre ellas la de exigir al contratista la información que considerara necesaria.

De acuerdo con lo expuesto, el interventor adelanta básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que "Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente", que "Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias" y además, que "ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato", es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

Al respecto, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del Código Único Disciplinario - Ley 734 de 2002 -, norma que fue modificada posteriormente por la Ley 1474 de 2011, estableció que se hayan sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares "que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales", disposición que la Corte Constitucional declaró exequible en providencia en la cual consideró:

"(...) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

Dicha función de control, que las normas contractuales asignan a los servidores públicos, pero que excepcionalmente en virtud del contrato de interventoría puede ser ejercida por un particular, implica en realidad el ejercicio de una función pública.

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras





ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

La Corte llama la atención además sobre el hecho de que el objeto sobre el cual recae la vigilancia, a saber, el desarrollo del contrato estatal, supone la presencia de recursos públicos, y que en este sentido la labor de vigilancia que se le encarga para que el desarrollo del contrato se ajuste a los términos del contrato y a la realización de los fines estatales específicos que con él se persiguen, implica la protección de esos recursos.

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria." (Subraya fuera del texto)

Resulta claro entonces, que la función del interventor es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, dirigida a cumplir el control y vigilancia de la correcta ejecución de las obligaciones surgidas del contrato y no la de sustituir o reemplazar a la entidad en la toma de las decisiones, quien conserva dicha potestad y la ejerce a través de su propio representante legal, que adelanta las actuaciones que le corresponden en virtud de su posición de parte dentro de la relación negocial.

En este sentido, la Administración tendrá siempre la dirección y control del contrato, como quiera que al interventor no le compete declarar incumplimiento o imponer multas o sanciones, ni realizar actuaciones de ordenador del gasto como es la toma de decisiones en la ejecución del contrato o en los procedimientos propios que se deriven de él como son los Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Sobre el particular, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado sostuvo:

"El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátase de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación."





5.2 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 sus aseguradores, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante el oficio de citación No. C.E OAJ 2017030006000 del 3 de marzo de 2017, No. C.E OAJ 2017030006001 del 3 de marzo de 2017 y No. 201903001731 en las cuales 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:

- 5.2.1** Que, el veintisiete (27) de diciembre de 2005, la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A solicitó el otorgamiento de una concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de un sector de uso público en la ribera del río Magdalena con las zonas de maniobra, y la infraestructura portuaria allí existente de propiedad de Cormagdalena en el municipio de Puerto Berrío, Antioquía. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 5.2.2** Que, mediante Resolución No. 285 de 2006, aprobó el otorgamiento de una concesión portuaria para el uso y goce en forma temporal y exclusiva de un sector de uso público en la ribera del Río Magdalena con las zonas de maniobra, y la infraestructura portuaria allí existente de propiedad de Cormagdalena en el municipio de Puerto Berrío, Antioquía. (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 5.2.3** Que, el día dieciocho (18) de octubre de 2009, se protocolizó la entrega del terminal portuario a la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).
- 5.2.4** Que, el diecinueve (19) de marzo de 2009, Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A suscribieron el contrato No. 02-2009, en cuya cláusula primera se estableció como objeto el siguiente: "LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A., de una concesión portuaria en los siguientes términos: 1.1. Se otorga a la SOCIEDAD CONCESIONARIA, el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público en la ribera del Río Magdalena con su respectiva zona de maniobra, bienes fiscales de propiedad de la Corporación, descritos en la Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Octava de este contrato, a favor de la CORPORACIÓN. 1.2. El





objeto del presente contrato es entonces, la entrega a la SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público en la ribera del Río Magdalena, con su respectiva zona de maniobra, en el municipio de Puerto Berrío, Departamento de Antioquía y la infraestructura existente allí, propiedad de CORMAGDALENA, por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato" (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 2).

5.2.5 Que, el día diez (10) de agosto de 2010, las partes suscribieron el otrosí No. 1 al contrato No.02 de 2009, en virtud del cual se modificó la forma de pago de la contraprestación por zona de uso público (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 6).

5.2.6 Que, en cumplimiento de la cláusula Novena del contrato de concesión No. 02 de 2009, mediante Resolución No. 000172 del 10 de junio de 2011, Cormagdalena aprobó el Plan de Inversiones presentado por la Sociedad Administradora Portuaria de Puerto Berrío S.A. En dicha resolución se resolvió lo siguiente:

"ARTÍCULO PRIMERO. INVERSIONES APROBADAS: Aprobar el Plan de Inversiones presentado por la Sociedad Portuaria Administradora de Puerto Berrío S.A., SOPORTUARIA, de conformidad con lo establecido en el contrato de concesión portuaria No. 02 del 05 de marzo de 2009 así:

Actividades	Fechas	Valor
Obras civiles consistentes en muros de cerramiento, malla y puertas de acceso principales, inversión sistema eléctrico sector sur, instalaciones portuarias y puertas de acceso.	Inicio de obras a partir del 15 de enero de 2014 a junio de 2014	\$175'300.000
Adquisición grúa móvil marca p&h 5100, modelo 1984, Cap 100ton motor Detroit 6v71 turbo 6 cilindros de orugas boom de 210 pies, accesorio Palecta-Almeja-Balde valor USD 220.000 TRM: \$2.111	La compra de esta grúa se proyecta para segundo semestre de 2015	\$350'000.000
TOTAL		525.300.000

PARAGRAFO PRIMERO: Los montos y alcance de las inversiones aprobadas serán realizadas dentro de los bienes de uso público y bienes fiscales concesionados en virtud del contrato de Concesión Portuaria No. 02 del 02 de marzo de 2009.

PARAGRAFO PRIMERO: El monto de las inversiones es referencial y deberá ejecutarse por valor igual o superior al indicado.





PARAGRAFO SEGUNDO: Los montos aprobados no incluyen costos asociados a la gerencia del proyecto, interventoría y/o otros gastos administrativos necesarios para la administración del proyecto” (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 7-8).

- 5.2.7** Que, mediante oficio No. 2014100701 del 24 de abril de 2014, Cormagdalena autorizó la construcción de una planta de abastecimiento de crudo y combustibles líquidos derivados del petróleo (Procedimiento Administrativo Sancionatorio, Cuaderno No. 1: fl. 8).

5.3 CONSIDERACIONES RESPECTO A LOS RECURSOS DE REPOSICIÓN

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 por la apoderada especial del contratista y de la compañía Seguros Generales Suramericana S.A, procederá, en concordancia a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, 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:

5.3.1 Consideraciones sobre el recurso reposición interpuesto por la Sociedad Administradora Portuaria Puerto Berrío S.A

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos elevados por el contratista recurrente, en sesión del treinta (30) de enero de 2020, y abordará el examen de los mismos, en el siguiente orden: caducidad de la facultad administrativa sancionatoria, Imposibilidad de movilizar la carga por la baja profundidad en el puerto y realización de inversiones superiores a las aprobadas en el Plan de Inversiones.

Con respecto al memorial denominado «*Sustento recurso de reposición*», enviado el día once (11) de marzo de 2020, a las direcciones de correo electrónico deisy.galvis@cormagdalena.gov.co y enson.oneill@cormagdalena.gov.co, el Despacho no hará ningún pronunciamiento, toda vez que se presentó fuera oportunidad prevista para ello, cual era el treinta (30) de enero de 2020. De hecho, en dicha sesión, la suscrita Jefe Oficina Asesora Jurídica señaló «*en la presente sesión se concederá entonces a las partes la oportunidad para que sustenten el recurso de reposición interpuesto en la sesión anterior, advirtiéndose a los apoderados que cada uno contará con 20 minutos para exponer sus argumentos. Entonces en este estado de la diligencia se concede el uso de la palabra a la apoderada de la sociedad Portuaria Puerto Berrío*» (audio, minutos 3:56 - 4:14).



5.3.1.1 Caducidad de la facultad administrativa sancionatoria

Dentro las razones esgrimidas por el concesionario para solicitar la cesación de la presente actuación administrativa, se invoca la configuración de la caducidad de la facultad sancionatoria.

Considerando que, en caso de constatarse que operó la caducidad de la facultad sancionatoria, no se podrían adoptar decisiones de fondo, es menester abordar el análisis de este aspecto antes de acometer el examen de otros argumentos jurídicos y fácticos presentados como sustentación del recurso.

En ese orden de ideas, es preciso traer a colación el texto del artículo 52 de la ley 1437 de 2011 que reza:

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

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

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.

En la resolución 414 de 2019 se sancionó a la Sociedad Administradora Portuaria de Puerto Berrío por el impago de las cuotas de contraprestación portuaria. Sobre este particular, vale decir que el estado de incumplimiento por 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, conforme a lo estipulado en el contrato. El transcurso del tiempo no subsana el incumplimiento, por el contrario, lo agrava e incrementa su onerosidad.

En otros términos, la falta examinada es una conducta permanente o continuada cuya consumación se prolonga por el tiempo persista el comportamiento contrario *u*





al deber legal, "razón por la cual el término de caducidad empieza a computarse desde que cesa la conducta objeto de reproche"⁴.

La anterior consideración, también, se puede predicar respecto a la no ejecución de las inversiones aprobadas mediante la Resolución No. 172 de 2011, en tanto que, por cada día de retardo en el cronograma de obras y adquisiciones, el contratista se encuentra *en mora* frente a la Corporación.

En cuanto a la no constitución o actualización de las garantías de cumplimiento, tampoco, es posible concebirla como una conducta de ejecución instantánea, por cuanto, el desamparo se traduce en un incremento del riesgo de afectación del patrimonio público, el cual se prolonga indefinidamente y solo culmina cuando las garantías son aprobadas por la autoridad concedente.

De esta suerte, 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.

En síntesis, mientras sean exigibles las cuotas de contraprestación, la ejecución del plan de inversiones y la constitución de garantías, 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.

5.3.1.2 Imposibilidad de movilizar la carga por la baja profundidad en el puerto

En sesión del treinta (30) de enero del 2020, la apoderada especial del concesionario reiteró que la Administración no ha cumplido la obligación de garantizar la profundidad necesaria para la operación del puerto.

A este respecto, el despacho subraya que para determinar si Cormagdalena incumplió los términos del acuerdo, al no garantizar una profundidad que permitiera la operación de embarcaciones, necesariamente, debe que acudirse a lo previsto en el contrato de concesión No. 02 de 2009, en particular, a la cláusula décima cuarta que dispone lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. LAS CONDICIONES DE OPERACIÓN A QUE DEBE SOMETERSE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO. En el puerto se atenderán remolcadores con capacidad de mil seiscientas toneladas (1600 Ton), peso bruto promedio, repartidas en cuatro botes (400 Ton por bote), y con calado máximo de 4.0 pies, con frecuencia de dos remolcadores por mes, inicialmente. En la actualidad el Puerto se encuentra dotado

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





con equipos que permiten realizar de manera directa las operaciones de cargue y descargue de los botes con sistemas adecuados según el tipo de carga a movilizar”.

Nótese que la cláusula transcrita reconoce explícitamente que la infraestructura portuaria concedida estará circunscrita a prestar servicio a embarcaciones con calados no mayores de 4 pies y no superiores como lo alega el investigado, condición mínima que está probada con un documento, del 20 de junio de 2016, aportado por el propio concesionario en sus descargos, en el cual el Gerente de Naviera Central expresa que el calado para operar en la terminal de Puerto Berrío alcance 4.6 pies.

En la misiva señalada, el Gerente de Naviera Central da cuenta de una relación comercial comprendida entre los años 2012 y 2014, y en la cual las condiciones de navegación no eran inferiores a las contempladas en la cláusula décima cuarta. En el documento referenciado se consignó lo siguiente: *«De antemano agradecemos que nos tenga en cuenta para este transporte, sabemos y conocemos la capacidad del Puerto para atender embarcaciones (cargue o descargue), pero desafortunadamente el trayecto del río entre Barrancabermeja y Puerto Berrío (100km) no tiene las condiciones ni el calado para la navegación (escasos 4.6” pies), para prestar el servicio de transporte fluvial seguro y poder cumplirle a los generadores de carga».*

De lo anterior, se trasluce que las condiciones fijadas en el contrato se han mantenido. Ahora bien, si éstas resultan insuficientes para el desarrollo particular de algunas relaciones comerciales o para aprovechar ciertas oportunidades de negocio, se trata de un riesgo exclusivo del concesionario, el cual debió contemplar en su proceso de planeación que las condiciones del puerto tenían limitaciones para atender embarcaciones con calados superiores a 4.0 pies.

Adicionalmente, la carga obligacional de mantener una profundidad que permita operar el puerto, como mínimo en unas condiciones de 4.0 pies para las embarcaciones, corresponde al concesionario, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 23 de la cláusula décima tercera cuyo texto reza: *“La sociedad se obliga a efectuar las obras de mantenimiento en las zonas de maniobra comprendida entre las zonas de maniobra comprendida (sic) entre la zona de uso público que le sea entregada en concesión y del área de aproximamiento requerida para la operación portuaria de acuerdo a la modalidad y especificaciones de las naves y características del proyecto a ejecutar. Deberá mantener el calado suficiente para la operación portuaria”.*

Por otro lado, en su recurso, el concesionario no aporta argumentos o elementos adicionales que permitan modificar el sentido de la decisión primitiva, limitándose a señalar que Cormagdalena no ha honrado sus obligaciones contractuales, pero sin precisar qué apartes del clausulado no se han ejecutado o se han ejecutado imperfectamente por parte de la autoridad concedente.

Por esta razón, el Despacho no advierte que se haya presentado un incumplimiento de Cormagdalena con la potencialidad de dispensar a la Sociedad Administradora





Portuaria de Puerto Berrío -Soportuaria S.A de observar las obligaciones del contrato de concesión No. 02 de 2009.

5.3.1.3 Inversiones superiores a las aprobadas en el Plan de Inversiones

El concesionario, en la sustentación de su recurso de reposición, reiteró que había realizado inversiones superiores a las previstas en el plan de inversiones del contrato de concesión No. 02 de 2009, sin embargo, no enderezó reparos específicos a las consideraciones que expuso esta Corporación, en la resolución No. 414 del 26 de diciembre de 2019, para estimar que aquello no exoneraba al concesionario de ejecutar a cabalidad el cronograma de obras y adquisiciones contemplado en la Resolución No. 000172 del 10 junio de 2011.

Por esta razón, el Despacho se ve abocado a reiterar las mismas consideraciones de la resolución sancionatoria primigenia, como se expone en los apartes subsiguientes.

En ese orden de cosas, para determinar si se ha cumplido con el Plan de Inversiones, aprobado mediante Resolución No. 172 de 2011, se procederá a constatar si éste se ha ejecutado y, en caso afirmativo, se decretará la cesación de la actuación en lo relativo a este cargo.

Entonces, siguiendo el razonamiento planteado, en primer lugar, resulta imperioso traer a colación el informe de interventoría elaborado por Consorcio Puertos, radicado con No. 201802001380, y trasladado con en sesión del 4 de septiembre 2019, con relación al cumplimiento del Plan de Inversiones (aprobado mediante Resolución No. 172 del 10 de junio de 2011), en cuyo texto se anota lo siguiente:

"EJECUCIÓN DE LAS INVERSIONES. *Ejecución de Inversiones Acumuladas: Además de las inversiones por valor de \$206.706.000 aprobadas por CORMAGDALENA y cargadas al plan de inversiones, el concesionario ejecutó obras de inversión consistentes en la construcción de una planta de abastecimiento de crudos y combustibles líquidos derivados del petróleo. La construcción fue autorizada por CORMAGDALENA mediante comunicación con Radicado No. 2014100761 del 24 de abril de 2014. De acuerdo con el informe de ejecución entregado por el Concesionario, el valor de las inversiones en la construcción de la planta de abastecimiento de crudos y combustibles líquidos derivados del petróleo asciende a \$ 1.316.040.000 desglosados de la siguiente manera:*



No.	CUENTA	VALOR	DESCRIPCION
1	152005	521,910,000	DOS TANQUES DE ALMACENAMIENTO
2	152005	236,710,000	CARGUERO A BARCAZA Y CARROTANQUES
3	152005	239,910,000	SISTEMA CONTRA INCENDIO
4	171024	317,510,000	OBRA CIVIL

CORRESPONDENCIA ENTRE EL VALOR EJECUTADO Y EL PLAN DE INVERSIONES. De acuerdo con el contrato-de Concesión No. 02 de 2005, el valor de las inversiones aprobadas es de \$ 732.000.000. El valor total de las inversiones ejecutadas por el Concesionario dentro de la ZUP entregada en concesión es de \$ 1.522.746.000. Equivalente a un 208.02% de las inversiones aprobadas. Del total de las inversiones ejecutadas por el concesionario que guardan correspondencia con el plan de inversiones son \$ 206.706.00, equivalente al 28.23% de las inversiones aprobadas”.

Asimismo, en oficio No. 201901001474 del 21 de agosto de 2019, trasladado en sesión del 4 de septiembre de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial de Cormagdalena indicó que “Esta Subdirección se permite informar que el porcentaje de ejecución del plan de inversiones correspondiente al Contrato de Concesión Portuaria No. 02 de 2009 es del 28,2%, conforme a lo validado por la interventoría Consorcio Puertos en el informe final con radicado No. 201802001380 del 16 de abril de 2018 y por la firma INGEOCIM S.A.S en el informe final con radicado No. 20190200037087 del 11 de julio de 2019; de igual manera se indica que a la fecha el porcentaje de avance imputable al plan de inversiones aprobado se mantiene en 28,2%”.

Nótese que, de acuerdo con las pruebas previamente referenciadas, el concesionario sólo ha ejecutado un 28,2% del Plan de Inversiones aprobado. No obstante, habida cuenta que, en el recurso de reposición, aquél ha esgrimido que la construcción de una planta de abastecimiento de crudo y combustibles líquidos es constitutiva de cumplimiento del Plan de Inversiones e, incluso, que dicha obra excede los baremos de inversión estipulados en el contrato; se hace preciso definir si esta acción puede enervar la imputación de responsabilidad.

En otros términos, corresponde a este Despacho dilucidar si las inversiones ejecutadas en el área concesionada, pese a no estar previstas en el Plan de Inversiones, aprobado mediante Resolución No. 172 del 10 de junio de 2011, pueden constituir un cumplimiento de éste. Para tal efecto, es menester remitirse a las estipulaciones del contrato No. 02 de 2019 y a los actos administrativos expedidos por la entidad respecto a la obligación de cumplir con plan de inversiones aprobado.





De esta manera, se advierte, en primer lugar, que en la cláusula cuarta del contrato No. 02 de 2009 se consigna el deber del concesionario de someter a aprobación "los planes definitivos de construcción y modificaciones de las obras a realizar" como se aprecia en el texto que se transcribe a continuación:

"CLÁUSULA CUARTA – TIPO DE SERVICIO: El Terminal Portuario de Puerto Berrío ofrecerá servicio al público en general. **PARÁGRAFO:** Será obligación del concesionario someter a la aprobación de la Corporación los planes definitivos de construcción, sus ajustes y modificaciones de las obras a realizar, durante todo el período de la concesión, igualmente deberá informar y obtener autorización previa de Cormagdalena para realizar cualquier modificación al puerto, inmuebles por destinación y obras construidas sobre él. Asimismo informar cualquier tipo de modificación o deterioro por hechos atribuibles a la naturaleza o actos imputables a terceros, y/o cualquier tipo de accidente o calamidad presentada en el puerto".

En cumplimiento de esta estipulación, esta Corporación expidió la Resolución No. 172 del 10 de junio de 2011, que resolvió "aprobar el Plan de Inversiones presentado por la Sociedad Portuaria Puerto Berrío S.A-SOPORTUARIA, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión Portu No. 02 del 05 de marzo de 2009, así

Actividades	Fechas	Valor
Obras civiles consistentes en muros de cerramiento, malla y puertas de acceso principales, inversión sistema eléctrico sector sur, instalaciones portuarias y puertas de acceso.	Inicio de obras a partir del 15 de enero de 2014 a junio de 2014	\$175'300.000
Adquisición grúa móvil marca p&h 5100, modelo 1984, Cap: 100ton motor Detroit 6v71 turbo 6 cilindros de orugas boom de 210 pies, accesorio Palecta-Almeja-Balde valor USD 220.000 TRM: \$2.111	La compra de esta grúa se proyecta para segundo semestre de 2015	\$350'000.000
TOTAL		525.300.000

PARAGRAFO PRIMERO: Los montos y alcance de las inversiones aprobadas serán realizadas dentro de los bienes de uso público y bienes fiscales concesionados en virtud del contrato de Concesión Portuaria No. 02 del 02 de marzo de 2009".

Visto lo anterior, queda claro que era obligación del concesionario adquirir los equipos y ejecutar las obras civiles específicamente indicadas en la Resolución No. 172 del 10 de junio de 2011. Ahora bien, es indispensable examinar si en el clausulado del contrato No. 02 de 2009, existen disposiciones que asimilen las obras adicionales al cumplimiento de los planes de inversión debidamente aprobados. Para tal efecto, a continuación, se transcribe la cláusula décima segunda, cuyo texto reza:





“CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA- OBRAS ADICIONALES: *En el evento que LA SOCIEDAD CONCESIONARIA requiera efectuar obras e inversiones no previstas en el presente en la presente concesión, deberá contar con la respectiva autorización por parte de LA CORPORACIÓN o quien haga sus veces, y será cedidas a la misma. LA SOCIEDAD CONCESIONARIA la asumirá a su cuenta y riesgo, partiendo del principio que la inversión realizada será recuperada durante el término de la concesión, por tal motivo no dará derecho a indemnización o reconocimiento alguno a favor de LA SOCIEDAD CONCESIONARIA. PARAGRAFO UNO: Será obligación del concesionario someter a aprobación de la Corporación los planes de construcción, sus ajustes y modificaciones de las obras a realizar, durante todo el período de la concesión, igualmente deberá informar y obtener autorización previa de Cormagdalena para realizar cualquier modificación al puerto, inmuebles por destinación y de las obras construidas sobre él”.*


De la cláusula décima segunda se concluye que el concesionario puede realizar inversiones no contempladas, originariamente, en el contrato, las cuales se entienden ejecutadas con el fin de maximizar la rentabilidad del negocio y que no opugnan con los compromisos mínimos de inversión que se asuman en observancia del Plan de Inversiones adoptado mediante acto administrativo. Es decir, las obras o adquisiciones adicionales realizadas por el contratista no derogan, modifican o sustituyen *per se* las obligaciones concretadas a partir de la Resolución No. 172 de 2011 (aprobatoria del Plan de Inversiones del Contrato No. 02 de 2009), pues, este acto administrativo fijó unos compromisos mínimos de inversión que no son incompatibles con la construcción de planta de abastecimiento de crudo y combustibles que autorizó la entidad concedente.

Además, la autorización emitida por Cormagdalena para la construcción de la planta de abastecimiento de crudo no sustituyó las obras o adquisiciones previstas Resolución No. 172 de 2011, por lo cual este Despacho no puede desconocer que ésta todavía rige la actividad contractual, al estar amparada por la presunción de legalidad del art. 88 de la ley 1437 de 2011.

Así, no es de recibo para el despacho que la ejecución de obras o adquisiciones distintas a las previstas en el Plan de Inversiones, aun cuando estén autorizadas por el extremo concedente, sustituyan automáticamente los compromisos establecidos resolución No.172 de 2011, en tanto la cláusula décima del Contrato No. 02 de 2009 preceptúa que aquéllas se consideran como “*obras adicionales*” que procuran obtener una mayor rentabilidad de la concesión, pero no dan lugar a reconocimiento alguno.

En síntesis, las obras ejecutadas por el concesionario, que estén por fuera del Plan de Inversiones, no lo eximen de realizar las allí previstas, hasta tanto la autoridad concedente no modifique o sustituya aquel.

5.3.2 Consideraciones sobre el recurso reposición interpuesto por la Seguro 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 y en memorial aportado en dicha diligencia.

5.3.2.1 Violación del debido proceso por cuanto la entidad carecía -y carece todavía- de competencia temporal para declarar la ocurrencia del siniestro con la expedición de la Resolución Núm. 414 del 26 de diciembre de 2019

De acuerdo con la sociedad aseguradora recurrente, Cormagdalena para desestimar la solicitud presentada por el suscrito en el memorial de descargos, no se basa expresamente en norma legal alguna, sino que sencillamente manifiesta que *“para el caso en estudio cabe destacar que la prescripción del contrato de seguro de contrato estatal en voces del Consejo de Estado comienza a correr a partir de la notificación del primer acto administrativo que decreta la caducidad o el incumplimiento, evento que para la misma Corporación constituye el siniestro, es decir 2 años”*, lo cual es una interpretación completamente distinta a la fijada por dicho alto tribunal. En su parecer, prueba de ello es que en ningún lugar del acápite dedicado a este punto en la Resolución 414 del 26 de diciembre de 2019, tiene en cuenta que la póliza venció hace más de seis (6) años, toda vez que la vigencia del amparo de cumplimiento expiró el día 23 de octubre de 2013.

Una vez revisados y analizados los argumentos de la compañía garante, se evidencia que la póliza No. 1508107-5 en su amparo de cumplimiento se encuentra vencido desde el 23 de octubre de 2010. En este sentido, este Despacho encuentra probada la excepción de prescripción derivada del contrato de seguro y alegada por la aseguradora; por consiguiente, se revocará el artículo Cuarto de la resolución No. 000414 del 26 de diciembre de 2019.

Esta decisión se circunscribe estrictamente a lo concerniente con el contrato de seguro, amparo de cumplimiento, contenido en la póliza No. 1508107-5, sin que se afecte la competencia y deber legal en materia sancionatoria contractual de Cormagdalena en cuanto a la relación con el contratista.

5.3.2.2 Imposibilidad de ejecución del Contrato de Concesión Portuaria Fluvial por Fuerza Mayor

De acuerdo a lo expuesto por Seguros Generales Suramericana S.A, la Resolución No. 414 del 26 de diciembre de 2019 debe ser revocada en todas sus partes, sobre todo por la falta de análisis de la entidad respecto de imposibilidad del contratista para adelantar ciertas actividades, al configurarse una fuerza mayor que lo exculpa.

En sustento de lo anterior, añade que la *imprevisibilidad* está demostrada por las inesperadas condiciones de navegabilidad que no han hecho óptimas las condiciones para operar, mientras que la *irresistibilidad* por la negativa de las compañías navieras a utilizar el puerto. No obstante, esta Corporación no advierte que se hayan configurados los elementos constitutivos de la fuerza mayor, conforme a lo dilucidado en decisión recurrida.



Así, “la fuerza mayor y el caso fortuito como eximentes de responsabilidad se equiparan en el derecho privado, mientras que el administrativo les tiene demarcado sus efectos, y ello hace que no se refiera a estas dos hipótesis indistintamente. Varios han sido los criterios ensayados en la jurisprudencia con base en la doctrina sobre la distinción entre caso fortuito y fuerza mayor. Así, se ha dicho que: (i) el caso fortuito es un suceso interno, que por consiguiente ocurre dentro del campo de actividad del que causa el daño; mientras que la fuerza mayor es un acaecimiento externo ajeno a esa actividad; (ii) hay caso fortuito cuando la causa del daño es desconocida; (iii) la esencia del caso fortuito está en la **imprevisibilidad**, y la de la fuerza mayor en la **irresistibilidad**, y (iv) el caso fortuito se relaciona con acontecimientos provenientes del hombre y la fuerza mayor a hechos producidos por la naturaleza”⁵.

A su turno, el contrato de concesión estableció unas condiciones operativas, a las cuales se sometió el contratista en lo referente al calado de las embarcaciones que podían ser atendidas, fijando un máximo de 4 pies. Para tal efecto, a continuación, se transcribe la cláusula décima cuarta del contrato No. 002 de 2009:

“CLÁUSULA DÉCIMA CUARTA. LAS CONDICIONES DE OPERACIÓN A QUE DEBE SOMETERSE LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO. En el puerto se atenderán remolcadores con capacidad de mil seiscientas toneladas (1600 Ton), peso bruto promedio, repartidas en cuatro botes (400 Ton por bote), y con calado máximo de 4.0 pies, con frecuencia de dos remolcadores por mes, inicialmente. En la actualidad el Puerto se encuentra dotado con equipos que permiten realizar de manera directa las operaciones de cargue y descargue de los botes con sistemas adecuados según el tipo de carga a movilizar”.

Nótese que la cláusula transcrita reconoce explícitamente que la infraestructura portuaria concedida estará circunscrita a prestar servicio a embarcaciones con calados no mayores de 4 pies, condición mínima que está probada con un documento, del 20 de junio de 2016, aportado por el propio concesionario en sus descargos, en el cual el Gerente de Naviera Central expresa que el calado para operar en la terminal de Puerto Berrío alcance 4.6 pies.

En la misiva señalada, el Gerente de Naviera Central da cuenta de una relación comercial comprendida entre los años 2012 y 2014, y en la cual las condiciones de navegación no eran inferiores a las contempladas en la cláusula décima cuarta. En el documento referenciado se consignó lo siguiente: «*De antemano agradecemos que nos tenga en cuenta para este transporte, sabemos y conocemos la capacidad del Puerto para atender embarcaciones (cargue o descargue), pero desafortunadamente el trayecto del río entre Barrancabermeja y Puerto Berrío (100km) no tiene las condiciones ni el calado para la navegación (escasos 4.6” pies), para prestar el servicio de transporte fluvial seguro y poder cumplirle a los generadores de carga*».

⁵ Consejo de Estado, sentencia del veintinueve (29) de agosto de dos mil siete (2007). Radicación número: 15001-23-31-000-1994-04691-01(15494)



De lo anterior, se trasluce que las condiciones fijadas en el contrato se han mantenido. Ahora bien, si éstas resultan insuficientes para el desarrollo particular de algunas relaciones comerciales o para aprovechar ciertas oportunidades de negocio, se trata de un riesgo exclusivo del concesionario, el cual debió contemplar en su proceso de planeación que las condiciones del puerto tenían limitaciones para atender embarcaciones con calados superiores a 4.0 pies.

Es, pues, desacertado justificar el incumplimiento en las condiciones navegabilidad del puerto, ya que éstas no han sufrido mutaciones que desmejoren las previstas en el contrato, así como tampoco ha sobrevenido un hecho externo producido por la naturaleza que haya tornado onerosa la ejecución de las prestaciones económicas del acuerdo.

5.3.2.3 Violación del debido proceso por declaración de incumplimiento bajo el supuesto de una responsabilidad objetiva, por falta de aplicación del literal c) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, del inciso segundo del numeral 1 del artículo 3 del CPACA, y del artículo 50 de la misma disposición

Para el asegurador en la Resolución No. 414 del 26 de diciembre de 2019 se hace la menor referencia al grado de culpabilidad con que la Concesionaria Sociedad Portuaria de Puerto Berrio, con las obligaciones contractuales contenidas en el contrato de concesión portuaria Núm. 02 de 2009, cuyo presunto incumplimiento y caducidad se discute en el presente proceso administrativo sancionatorio.

Estos reproches tampoco son de recibo para esta entidad, en la medida que el acto administrativo recurrido diseccionó puntualmente cada uno de los descargos del contratista y constató que la totalidad de las infracciones, en virtud de las cuales se impuso sanción, fueron el resultado de una ejecución incuriosa del contrato que no estuvo motivada por hechos externos a su esfera de control administrativo, financiero y jurídico. Dicho de otro modo, cuando se efectuó el análisis de las eximentes de responsabilidad contractual, esto es, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o incumplimiento del cocontratante, se agotó el análisis de la culpabilidad.

Vale decir que *«la extensión de los principios del derecho penal al campo administrativo, y con ello la aplicación del principio de culpabilidad al ámbito administrativo, conlleva que las causales de exclusión de la responsabilidad administrativa operen en dicho orden. Así las cosas, para que una autoridad pueda declarar culpable a una persona no basta con que exista un nexo psicológico entre el sujeto y el hecho típico, sino que además, como lo señalan González Pérez y González Navarro (1999), es indispensable que la persona haya actuado en circunstancias de normalidad. Esta ausencia de normalidad se refiere a que el sujeto no haya actuado de una forma libre, sino que, por el contrario, haya procedido constreñido a realizar determinado acto; o cuando se presentan circunstancias de fuerza mayor; o en los eventos en que se produzca la comisión de la infracción por un error (Lozano Cutanda, 2003) que tenga la naturaleza de invencible. De ta*



manera que si alguna de estas hipótesis determinan la actuación contraria a derecho, el sujeto no puede ser declarado culpable administrativamente»⁶.

En tal sentido, la culpabilidad, en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio, se determina a partir del análisis de las eximentes de responsabilidad. De este modo, al constatarse si acaecieron circunstancias materiales que anularon la capacidad de actuar del sujeto en un contexto de normalidad, la autoridad administrativa debe abstenerse de ejercer el *ius puniendi*.


Asimismo, es menester destacar que, a diferencia de las personas naturales, respecto de las personas jurídicas el análisis de la responsabilidad no está supeditado a un estricto análisis psicológico del dolo y la culpa. En éstas, el juicio de culpabilidad se sustenta en la capacidad de evitar la comisión de transgresiones a las normas. Así, *«en cuanto a la operatividad del principio de culpabilidad en el campo concreto de las personas morales, esto no implica, de ninguna manera, que el órgano constitucional haya suprimido la exigencia del elemento culposo del juicio de culpabilidad, sino, en cambio, que éste debe ser exigido de una manera diversa. Así, pues, la construcción que se debe hacer de la imputabilidad de la autoría de la infracción de la persona jurídica radica en la propia naturaleza de la ficción jurídica a la que responden estos sujetos.*

Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma sea realmente eficaz, y por el riesgo que, en consecuencia, deba asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma»⁷

En el caso *sub examine*, de acuerdo con lo dilucidado durante la actuación, se demostró que el concesionario infringió las cláusulas contractuales por razones plenamente atribuibles a una gestión ineficiente e incuriosa del proyecto portuario, desde la planeación misma del negocio. Prueba de esto, es que el concesionario ha pretextado la escasa movilización de carga en inconvenientes de profundidad; sin embargo, en texto del contrato, y en pruebas allegadas por este mismo, se evidencia que la capacidad operacional del puerto se ajusta a lo pactado.

En resumen, en la resolución No. 414 del 26 de diciembre de 2019 se valoró la culpabilidad del concesionario, al evaluarse las eximentes de responsabilidad propuestas y la capacidad del contratista de observar el clausulado del contrato No. 002 de 2009.

⁶ TORRADO, Lourdes: "Consideraciones de la Corte Constitucional acerca del Principio de Culpabilidad en el ámbito sancionador administrativo". Rev. Derecho No.29, Universidad del Norte Barranquilla Jan./June 2008.

⁷ Ibidem, pág. 171 





5.3.2.4 Límite del valor asegurado

Finalmente, este Despacho encuentra que, por sustracción de materia, al haberse ordenado la revocatoria del artículo 4 de la Resolución No. 000414 del 26 de diciembre de 2019, no hay lugar a pronunciarse sobre este argumento.

5.4 CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones antes expuestas, este Despacho encuentra que en el presente caso se reúnen los presupuestos jurídicos necesarios para confirmar la Resolución No. 414 del 26 de diciembre de 2019, por medio de la cual se declaró el incumplimiento grave y caducidad del Contrato de Concesión No. 02 de 2009, suscrito entre la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA PORTUARIA PUERTO BERRÍO S.A.

Asimismo, se revocará el artículo cuarto de la Resolución No. 414 del 26 de diciembre de 2019.

Por último, se resalta la obligación del concesionario de revertir los bienes que conforman la infraestructura portuaria, de acuerdo a lo estipulado en la cláusula décima primera del contrato No. 002 de 2009, cuyo texto reza: *«Vencido el término de la concesión, el concesionario deberá revertir la zona de uso público, el área adyacente propiedad de Cormagdalena, la infraestructura construida en ambas y todas las construcciones ubicadas en éstas, así como los inmuebles por destinación y demás elementos y bienes directamente afectados a la concesión y que se encuentren en toda el área del proyecto portuario. Dichos bienes se revertirán a la Nación, Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena-CORMAGDALENA, o a quien señale la ley, en condiciones de operación tecnológica y de adecuada eficiencia al término del plazo concedido. El beneficiario de la concesión deberá elaborar un inventario y avalúo de los bienes objeto de la reversión y los enviará a la Corporación o quien haga sus veces para su revisión y aprobación».*

En consonancia con lo anterior, se previene a la Subdirección de Gestión Comercial y a la Secretaría General de Cormagdalena para que adopten las medidas necesarias para retomar la posesión del inmueble e iniciar los trámites administrativos necesarios para garantizar la reversión.

En mérito de lo expuesto, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de la función Delegada por el Director Ejecutivo de Cormagdalena, mediante Resolución No. 215 del 16 de mayo de 2017;





RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: REPONER la Resolución No. 000414 del 26 de diciembre de 2019, en el sentido de **REVOCAR**, lo ordenado en el artículo cuarto de dicha Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR, en su integridad, las demás decisiones adoptadas en la parte resolutive de la Resolución No. 000414 del 26 de diciembre de 2019, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

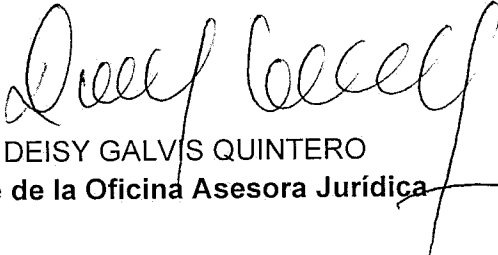
ARTÍCULO TERCERO: REMITIR copia ejecutoriada de la presente Resolución a la Subdirección de Gestión Comercial y a la Secretaría General con el fin de que se inicien los procedimientos de cobro pertinentes y se adopten las medidas necesarias para retomar la posesión del inmueble e iniciar los trámites administrativos necesarios para garantizar la reversión, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.


ARTÍCULO CUARTO: 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 ADMINISTRADORA PORTUARIA DE PUERTO BERRÍO S.A-SOPORTUARIA S.A, identificada con NIT 811.005.886-3 y los representantes legales y/o apoderados especiales de la SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con NIT 860.009.578-6 y SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, identificada con NIT 890.903.407-9

ARTÍCULO QUINTO: Contra la presente resolución no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los dieciséis (16) días del mes de marzo de 2020.


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