

Resolución No. 000022

“Por la cual se declara la cesación y archivo del procedimiento administrativo sancionatorio por el presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008 suscrito entre la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A., y CORMAGDALENA”

EL JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURÍDICA DE LA CORPORACIÓN AUTONOMA 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, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, Resolución No. 00334 del 2019 y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

Que 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 (...)"*.

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, por su parte establece: *"(...) 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 (...).

El artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, señala que: “(...) **IMPOSICIÓN DE MULTAS, SANCIONES Y DECLARATORIAS DE INCUMPLIMIENTO.** 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 (...).

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 1437 de 2011, señala que: “(...) Los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio no regulados por leyes especiales o por el Código Disciplinario Único se sujetarán a las disposiciones de esta Parte Primera del Código. **Los preceptos de este Código se aplicarán también en lo no previsto por dichas leyes** (...).” (Negrillas y subrayado fuera de texto original)

El artículo 2.2.1.2.3.1.19. del Decreto 1082 de 2015, establece que: “(...) 2. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal impone multas, debe ordenar el pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente constituye el siniestro. (...)”

La Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual, el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA-, delega en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente “...**ARTÍCULO PRIMERO:** DELEGAR en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogué o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de Cormagdalena “Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.”, los cuales se tramitan en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO PRIMERO:** De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. **PARÁGRAFO SEGUNDO:** En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

- 2.1.** La Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. radicó solicitud de Concesión Portuaria el día 30 de septiembre de 2005.
- 2.2.** Mediante Resolución de otorgamiento No. 284 del 28 de septiembre de 2006 se establecieron las condiciones bajo las cuales se otorgaría una concesión portuaria a la sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A.
- 2.3.** A través de la Resolución 000202 del 15 de agosto de 2007, Cormagdalena resuelve un recurso de reposición interpuesto por la S.P. de Barrancabermeja S.A. contra la Resolución No. 284 de 2006.
- 2.4.** Mediante Resolución 000034 del 15 de febrero de 2008, Cormagdalena corrige de oficio las Resoluciones No. 000284 de 2006 y 000202 de 2007.
- 2.5.** El 10 de septiembre de 2008 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, entre Cormagdalena y la SPB (en adelante “el Contrato de Concesión”).
- 2.6.** La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto de este: *“la entrega a la Sociedad Concesionaria del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de Cormagdalena por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la Contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este Contrato”.*

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA NO. 01 DE 2008 Y PRUEBAS.

INGEPROYECT LTDA. en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, radicó el informe de incumplimiento bajo el número oficio CII-214-RL de fecha 29 de enero de 2021, remitida por el supervisor del contrato bajo la Comunicación Interna No. 202101000238 del 12 de febrero de 2021; el alcance de la Interventoría INGEPROYECT haciendo referencia al ajuste de la tasación de la multa No. CII-260-RL del 03 de marzo de 2021; y el ajuste del informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría INGEPROYECT, remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000830 del 29 de abril de 2021 por los siguientes presuntos incumplimientos:

- i) la Cláusula Octava y el numeral 14.1 de la Cláusula Décima Cuarta, así: PARCIAL, por el no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12;
- ii) TOTAL, respecto del pago de la Contraprestación de la anualidad No 13.

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO

La **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, allegó la Garantía Única de Cumplimiento No. AA 022972 expedida por la Compañía Aseguradora **EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A.** que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE- OAJ - 202103001956 del 01 de junio de 2021, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202103001955 del 01 de junio de 2021 enviada a la compañía garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 2 de julio del 2021 a las 10:00 a.m.

V. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

5.1. Audiencia del 2 de julio del 2021:

El día 2 de julio del 2021, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia y se le reconoció personería a la Dra. CLAUDIA MARCELA DÍAZ para actuar como apoderada del Concesionario; así mismo se le reconoció personería al Dr. VICTOR ANDRES GOMEZ HENAO, para actuar en representación de LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES ORGANISMO COOPERATIVO.

Continuando con la audiencia, se le otorgó la palabra a la apoderada del Concesionario, quien rindió sus descargos de forma verbal; igualmente, se le dio el uso de la palabra al apoderado de la compañía garante, quién remitió sus descargos de forma escrita a los correos institucionales.

Posteriormente, se procedió por parte de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de su momento a suspender la audiencia y se programó la reanudación para el día 29 de julio de 2021 a las 10:00 AM, para la apertura del periodo probatorio.

- **Actuaciones fuera de audiencia:**

El apoderado de la entidad garante solicitó la reprogramación de la reanudación de la audiencia por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.

Por lo anterior, se reprogramó dicha audiencia para el día 03 de agosto de 2021, a las 9:00 AM.

5.2. Reanudación audiencia 3 de agosto del 2021:

El día 3 de agosto del 2021, a la hora señalada para tal efecto, se reanudó la audiencia y se procedió por la Oficina Asesora Jurídica a dar apertura al periodo probatorio; dentro del cual se decretaron como pruebas las siguientes:

- Aportadas por el concesionario: Oficio SEG-201903002529 del 03 de octubre de 2019; Resolución de expropiación No. 041 del 14 de marzo de 2013 expedida por la Alcaldía de Barrancabermeja; y Folio de matrícula inmobiliaria No. 303-83042.
- Aportadas por la Compañía Aseguradora: Copia de las condiciones generales de la póliza de Garantía Única de Cumplimiento.
- Dos pruebas por informe, una a cargo de la SECRETARÍA GENERAL y la otra a cargo de la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL, de conformidad con lo previsto en los artículos 275, 276 y 277 del Código General del Proceso.

Concluido lo anterior, en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa a decretó la suspensión de la audiencia y se concertó reanudación para el día 7 de septiembre de 2021 a las 3:00 PM.

• **Actuaciones fuera de audiencia:**

El día 25 de agosto del 2021, se recibió el informe de la SECRETARÍA GENERAL con radicado de Cormagdalena No. 2021-100-1609, en cuatro (4) folios y quince (15) folios de anexos, para un total de diecinueve (19) folios.

El 24 de noviembre del 2021, la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL, a través de la comunicación interna No. 2021-100-2239, allegó en cuatro (4) folios la prueba por informe decretada a su cargo.

El día 14 de febrero del 2022 se les corrió traslado a los convocados por el término de cinco (5) días hábiles para presentar sus solicitudes de aclaración, complementación y/o ajuste a las pruebas por informe allegadas por la Subdirección de Gestión Comercial con radicado

No. 2021-100-2239 del 24 de noviembre del 2021 y la prueba por informe allegada por la Secretaría General con radicado 2021-100-1609 del 25 de agosto de 2021.

El día 21 de febrero del 2022, dentro del término de traslado, la defensa de la Sociedad Portuaria allegó a través de correo electrónico oficio en quince (15) folios y nueve (9) folios de anexos adicionales, para un total de veinticuatro (24) folios, la solicitud de aclaración y complementación a las pruebas por informe trasladadas.

La compañía garante no presentó ninguna manifestación.

5.3. Reanudación audiencia 17 de mayo del 2022:

El día 17 de mayo de 2022, a la hora señalada para tal efecto, se reanudó la audiencia y se decretó la aclaración y complementación a la prueba por informe a cargo de la Secretaría General de conformidad con el artículo 277 del Código General del Proceso.

- **Actuación fuera de audiencia:**

El día 25 de mayo del 2022, la Secretaría General remitió a través de la plataforma Ophelia el radicado No. 2022-100-1164, con la aclaración y complementación al informe No. 2021-100-1609, contentivo en 1 folio y un anexo de 3 folios más.

5.4. Reanudación audiencia 10 de junio del 2022:

El día 10 de junio de 2022, a la hora señalada para tal efecto, se reanudó la audiencia y se incorporaron las aclaraciones a la prueba por informe a cargo de la Secretaría General y se escucharon las conclusiones de dicho informe. Una vez finalizada la exposición, se cerró el periodo probatorio y se fijó fecha para la recepción de alegatos finales.

5.5. Reanudación audiencia 30 de junio del 2022:

El día 30 de junio de 2022, a la hora señalada para tal efecto, se reanudó la audiencia y se otorgó la palabra a los convocados para rendir sus alegatos finales.

Finalizados los argumentos de cierre, se suspendió la audiencia y se fijó fecha y hora para la lectura de decisión.

5.6. Reanudación audiencia 09 de septiembre del 2022:

El día 09 de septiembre de 2022, a la hora señalada para tal efecto, se reanudó la audiencia y se notificó en estrados la Resolución No. 0000260 *“Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 01 de 2008 y se impone multa a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.”*; mediante la cual, la Oficina Asesora Jurídica resolvió:

“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato No. 01 de 2008, por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, identificada con NIT 829000933-4, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, identificada con NIT 829000933-4, a título de multa, la suma equivalente a **DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (COP\$12.308.658)**

ARTÍCULO TERCERO: CONMINAR a la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, identificada con NIT 829000933-4, a cumplir, en la mayor brevedad posible, con la obligación consistente en el pago de la contraprestación correspondiente a la anualidad 13.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR ocurrido el siniestro de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No 01 de 2008 y, como consecuencia, **AFECTAR** el amparo cumplimiento de la póliza No. AA022972 expedida por **EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A.** identificada con NIT 860.028.415-5.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, identificada con NIT 829000933-4 y al representante legal y/o apoderado de la **EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A.**, identificada con NIT 860.028.415-5.

ARTICULO SEXTO: LA **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, identificada con NIT 829000933-4, deberá pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, CORMAGDALENA descontará dicho valor de los saldos pendientes que le adeude al contratista, o exigirá su pago a la compañía Aseguradora **EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A.** en virtud del amparo de Cumplimiento General del Contrato de la Póliza Única De Cumplimiento No. AA022972 y sus anexos modificatorios.

ARTÍCULO SÉPTIMO: La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser comunicada a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.

ARTÍCULO OCTAVO: REMITIR copia ejecutoriada de la presente resolución a la Secretaría General para que inicie el cobro y los trámites a que haya lugar; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 000311 de 8 de octubre de 2019.

ARTÍCULO NOVENO: *Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la ley 1474 de 2011.”*

Dentro de la oportunidad legal, el Contratista y Aseguradora interpusieron recurso de reposición contra la decisión, se fijó la continuación de la diligencia para sustentar el recurso el día de hoy.

5.7. Reanudación audiencia 26 de septiembre del 2022:

El día 26 de septiembre de 2022, a la hora señalada para tal efecto, se reanudó la audiencia y reconoció personería jurídica al doctor JUAN MANUEL PIÑEROS QUEVEDO como apoderado de la sociedad portuaria.

El apoderado del concesionario, de manera verbal, presentó los argumentos de recurso de reposición contra la Resolución No. 0000260 del 09 de septiembre de 2022.

Por su parte, el doctor Víctor Gómez en calidad de apoderado de La Equidad Seguros Generales, remitió los argumentos del recurso de reposición, de forma escrita, a los correos institucionales.

Posteriormente, se procedió por parte de la jefe de la Oficina Asesora Jurídica, de su momento a suspender la audiencia y se programó la reanudación para el día 04 de noviembre de 2022 a las 10:00 AM.

- **Actuación fuera de audiencia:**

El día 21 de diciembre del 2022, mediante correo electrónico, la apoderada del concesionario remitió certificado expedido por la señora Lina María Velandia Ríos, Profesional Universitario Grado 10 – Tesorera de Cormagdalena, con fecha del 21/12/2022; en el cual se indica:

“A la fecha, la SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A., no presentan deuda en virtud del Contrato No. 01 de 2008.”

Por lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, a través de oficio 2023-100-0107 del 30/01/2023, solicitó a la Secretaría General la remisión del estado de cuenta de la S. P. Barrancabermeja S.A.

Atendiendo lo solicitado, por medio de correo electrónico del 3 de febrero de 2022, la Profesional Universitario Grado 10 – Tesorera de Cormagdalena remitió certificado de la misma fecha, en el cual señaló que:

“(…) CORMAGDALENA recibió de la SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A., la suma de SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS MCTE (\$776'000.000,00) en las siguientes fechas, los cuales fueron aplicados así:

- Diciembre 15 de 2022: SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MCTE (645'000.000,00):*

SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A.
CONTRATO No. 0001 DE 2008

CONCEPTO	ZUP	INFRAESTRUCTURA	INTERESES	TOTALES
Saldo Contraprestación 2020	69,514,111	203,034,451	114,917,419	387,465,981
Contraprestación 2022	146,863,041	87,506,356	23,164,622	257,534,019
SUBTOTALES	216,377,152	290,540,807	138,082,041	
TOTAL CONTRAPRESTACION MAS INTERESES				645,000,000

- Diciembre 16 de 2022: CIENTO TREINTA Y UN MILLONES DE PESOS MCTE (131'000.000,00)*

SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A.
CONTRATO No. 0001 DE 2008

CONCEPTO	ZUP	INFRAESTRUCTURA	INTERESES	TOTALES
Contraprestación 2022	-	130,391,196	127,460	130,518,656
Saldo a favor				481,344
TOTAL CONTRAPRESTACION MAS INTERESES				131,000,000

(…)

A la fecha, la SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A., no presentan deuda en virtud del Contrato No. 01 de 2008 (…)”

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Previo a verificar los requisitos normativos de lo recursos de reposición interpuesto por el concesionario y la entidad garante, esta Oficina Asesora Jurídica considera pertinente efectuar el siguiente análisis que a continuación se presenta: 6.1. *Naturaleza jurídica de la multa*; 6.2. Los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente; y 6.3. El caso en concreto

6.1. Naturaleza jurídica de la multa.

Así las cosas, 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 parcial, estima necesaria traer a colación algunos pronunciamientos que sobre este particular ha manifestado el Consejo de Estado.

En este sentido, sobre la naturaleza de las multas en la contratación estatal, en reiterada jurisprudencia, la alta Corporación ha sostenido lo siguiente:

“...En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: ‘No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual’...”¹

En otro pronunciamiento más reciente, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo se pronunció respecto de la función de la multa contractual en los siguientes términos:

“...La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.

¹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección B. C.P.: Dr. Danilo Rojas Betancourt. Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de 2011. Radicación número: 25000232600019930836501-01. En igual sentido Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de febrero de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación interna 28.278; Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2018. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(525499).

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo...’’²

Conforme a los lineamientos jurisprudenciales antes citados, es claro entonces que la imposición de multas, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas dentro del contrato, procede solo cuando se evidencia el acaecimiento de un presunto incumplimiento con ocasión del desarrollo del contrato, atendiendo al fin mismo de la medida, que es precisamente constreñir al contratista, como la parte contractual presuntamente incumplida, para la correcta y oportuna ejecución del objeto contratado dentro del plazo fijado.

Es por esta razón que, objetivamente la multa, ha sido contemplada y aceptada como aquella medida que contractualmente puede establecerse en favor de la administración, para conminar al contratista al cumplimiento de aquellas obligaciones que se encuentren pendientes dentro de la ejecución contractual.

6.2. 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 la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE-OAJ - 202103001956 y No. CE- OAJ - 202103001955 del 01 de junio de 2021, en los 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:

6.2.1. La Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. radicó solicitud de Concesión Portuaria el día 30 de septiembre de 2005.

² CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Subsección C. C.P: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875).

6.2.2. Mediante Resolución de otorgamiento No. 284 del 28 de septiembre de 2006 se establecieron las condiciones bajo las cuales se otorgaría una concesión portuaria a la sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A.

6.2.3. A través de la Resolución No. 000202 del 15 de agosto de 2007, Cormagdalena resuelve un recurso de reposición interpuesto por la S.P. de Barrancabermeja S.A. contra la Resolución No. 284 de 2006.

6.2.4. Mediante Resolución No. 000034 del 15 de febrero de 2008, Cormagdalena corrige de oficio las Resoluciones No. 000284 de 2006 y 000202 de 2007.

6.2.5. El 10 de septiembre de 2008 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, entre Cormagdalena y la SPB (en adelante “el Contrato de Concesión”).

6.2.6. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto de este:

“la entrega a la Sociedad Concesionaria del usos y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de Cormagdalena por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la Contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este Contrato”.

6.2.7. INGEPROYECT LTDA. en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, radicó el informe de incumplimiento bajo el número oficio CII-214-RL de fecha 29 de enero de 2021, remitida por el supervisor del contrato con Comunicación Interna No. 202101000238 del 12 de febrero de 2021; el alcance de la Interventoría INGEPROYECT haciendo referencia al ajuste de la tasación de la multa No. CII-260-RL del 03 de marzo de 2021; y el ajuste del informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría INGEPROYECT, remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000830 del 29 de abril de 2021 por los siguientes presuntos incumplimientos:

- I) la Cláusula Octava y el numeral 14.1 de la Cláusula Décima Cuarta, así: PARCIAL, por el no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12;
- II) TOTAL, respecto del pago de la Contraprestación de la anualidad No 13.

6.2.8. Que mediante Resolución No. 000260 del 09 de septiembre de 2022, Cormagdalena declaró el incumplimiento parcial del contrato de Concesión No. 01 de 2008, suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A. -por el no pago de la contraprestación de la anualidad No. 13-, e impuso multa por suma equivalente a DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (COP\$12.308.658)

6.2.9. El día 3 de febrero de 2023, a través de correo electrónico, la Profesional Universitario Grado 10 – Tesorera de Cormagdalena remitió certificado de la misma fecha, en cual indicó que: “(...) *A la fecha, la SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A., no presentan deuda en virtud del Contrato No. 01 de 2008 (...)*”.

6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 del 10 de septiembre de 2008, por el no pago de la contraprestación de la anualidad No. 13.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que, para confirmar la decisión de la Resolución No. 000260 del 09 de septiembre de 2022, se hace necesario establecer si persiste la situación de incumplimiento parcial, en su aspecto objetivo y subjetivo, por lo que se procederá a analizar el presunto incumplimiento propuesto.

6.3.1. Frente obligación de la anualidad No. 13.

Recordemos que la Cláusula Primera del Contrato de Concesión No. 01 del 10 de septiembre de 2008, establece que: “...LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA 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, y bienes fiscales de propiedad de la Corporación (...) **a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Octava de este contrato, a favor de la CORPORACIÓN...**” (Negritas y subrayado fuera del texto).

Por su parte, la Cláusula Octava del Contrato de Concesión mencionado señala que: “Que realizados los correspondientes ejercicios financieros establecidos en el concepto financiero de 15 de agosto de 2007, determinó el valor de la contraprestación por el uso y goce de la zona de uso público entregada en concesión y por el área adyacente e infraestructura así: 8.1. Por zona de uso Público: por un periodo de Quince (15) años, pagará a CORMAGDALENA Quince (15) cuotas de la siguiente manera: (...) A partir del Quinto (05) año hasta el año quince (15) de la concesión pagará el mismo valor que se cancelará por el Quinto año, es decir la suma de **CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUARENTA Y UN PESOS (\$146.863.041).** Todas pagaderas por anualidades anticipadas, (...) Y las siguientes cuotas dentro de los cinco (05) días posteriores al vencimiento de la anterior anualidad (...) 8.3. Contraprestación por Infraestructura: Por la infraestructura existente cancelará la suma equivalente al uno punto cinco por ciento (1,5%) del valor comercial del inmueble, por un periodo de quince (15) años, por anualidades anticipadas, cada una de ellas por un valor

CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TRECE (\$52.272.213), pagaderos de la misma forma de la contraprestación por zona de uso público (...) (Negrillas y subrayado fuera del texto).

Así mismo, la Cláusula Décima Cuarta del Contrato de Concesión No. 01 de 2008 establece que: **"OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA: (...) 14.1. Pagar la contraprestación. (...)"** (Negrillas y subrayado fuera del texto)

De lo anterior se claró, que la obligación en cabeza del Concesionario es cancelar las contraprestaciones pactadas en el Contrato de Concesión No. 01 del 10 de septiembre de 2008.

A razón de lo anterior, la apoderada del Concesionario, el día 21 de diciembre del 2022, mediante correo electrónico remitió certificado expedido por la señora Lina María Velandia Ríos, Profesional Universitario Grado 10 – Tesorera de Cormagdalena, con fecha del 21/12/2022; en el cual se indica:

"A la fecha, la SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A., no presentan deuda en virtud del Contrato No. 01 de 2008."

Por lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena, a través de oficio 2023-100-0107 del 30/01/2023, solicitó a la Secretaría General la remisión del estado de cuenta de la S. P. Barrancabermeja S.A.

Atendiendo lo solicitado, por medio de correo electrónico del 3 de febrero de 2022, la Profesional Universitario Grado 10 – Tesorera de Cormagdalena remitió certificado de la misma fecha, en el cual se certifica que:

"(...) A la fecha, la SOCIEDAD PORTUARIA BARRANCABERMEJA S.A., no presentan deuda en virtud del Contrato No. 01 de 2008 (...)"

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los certificados remitidos tanto por el concesionario, como por la Secretaría General de esta Corporación, antes citados, se puede concluir que el cargo objeto de reproche en contra del Concesionario **ha sido actualmente superado.**

En consecuencia, y de conformidad con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo lo ya manifestado en la presente resolución, y en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio, así como, las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, y lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se ORDENARÁ EL CESE Y ARCHIVO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 01 del 10 de

septiembre de 2008, iniciado a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A., por encontrarse superados los hechos que dieron origen a la actuación administrativa, conforme lo faculta el inciso d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, cuando dispone: ***“(...) La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento (...).”***

Atendiendo lo expuesto en líneas anteriores, esta dependencia no considera necesario pronunciarse sobre los recursos de reposición interpuesto contra la Resolución No. 000260 del 9 de septiembre de 2022; toda vez, que la situación de incumplimiento ha sido actualmente superada.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR los artículos 1, 2, 3, 4, 6, 7 y 8 de la Resolución No. 0000260 del 9 de septiembre de 2022 ***“Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 01 de 2008 y se impone multa a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.”***, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR todos los demás artículos pertinentes de la Resolución No. 0000260 del 9 de septiembre de 2022.

ARTÍCULO TERCERO: CESAR el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A, NIT. 829000933-4**, en virtud de la suscripción del Concesión Portuaria No. 01 del 10 de septiembre de 2008, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO CUARTO: ARCHIVAR las diligencias de carácter sancionatorio iniciadas contra la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A, NIT. 829000933-4**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A, NIT. 829000933-4**, y al representante legal y/o apoderado de la compañía Garante **EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A.**, o a quienes hagan sus veces.


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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los diez (10) días del mes febrero de 2023.



NELSON RUBEN PIÑERES SENIOR
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ. 
Proyectó: Carmen Cecilia Meza – Abogada OAJ. 