

Resolución No. 000144
(7/06/2022)

"Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000301 del 05 de octubre de 2021"

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

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

CONSIDERANDO

COMPETENCIA

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

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

Que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, "Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las imparten 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 1º 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 1º, 2º y 3º 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 3º 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 la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos", dispone en relación con el debido proceso:

"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 solo 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. (...)".

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.

El artículo 2.2.1.2.3.1.19 del decreto 1082 de 2015, que estipula: “(...) 3. Por medio del acto administrativo en el cual la Entidad Estatal declare el incumplimiento, puede hacer efectiva la cláusula penal, si está pactada en el contrato, y ordenar su pago al contratista y al garante. El acto administrativo correspondiente es la reclamación para la compañía de seguros. (Decreto 1510 de 2013, artículo 128)”

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 derogue 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 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo) 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...”.

ANTECEDENTES CONTRACTUALES

2.1. El señor AURELIO TOBON ESTRADA, actuando en condición de apoderado de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPICA, calidad que acredita mediante poder otorgado por su Representante Legal ALVARO ALEJANDRO MEJÍA RODAS, mediante comunicación radicada en CORMAGDALENA bajo el No. 2008004013 el veinticinco (25) de septiembre de 2008, presentó una solicitud de concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público localizados en jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Departamento del Atlántico.

- 2.2. Que en cumplimiento del Artículo 12 de la Ley 1 de 1991 y en el Artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó el trámite solicitado mediante la expedición de la Resolución de aprobación No.000144-2013 del veintiséis (26) de abril de 2013, que definió los términos a los que debe sujetarse la sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPICA para el otorgamiento de la concesión.
- 2.3. Mediante Resolución No. 269 del veintiuno (21) de agosto de 2014 CORMAGDALENA autorizó la cesión de derechos y obligaciones previstos en la Resolución No. 000144-2013 de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe-PIPICA S.A. a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
- 2.4. Mediante Resolución No. 352 del veintinueve (29) de octubre de 2014, CORMAGDALENA otorgó una concesión a Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
- 2.5. CORMAGDALENA y Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., suscribieron Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004-2014 el veintiséis (26) de noviembre de 2014.
- 2.6. Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A solicitó la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004 de 2014, según la descripción del objeto y el alcance que se indicó en la comunicación radicada ante CORMAGDALENA bajo el Nro. 201702005310 del veintiuno (21) de noviembre de 2017.
- 2.7. Mediante oficio No. 201903000853 del veintinueve (29) de marzo de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer trimestre del año 2019.
- 2.8. Mediante oficio No. 201903001848 del primero (1) de agosto de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer y segundo trimestre del año 2019.
- 2.9. Mediante resolución No. 312 del ocho (8) de octubre de 2019, CORMAGDALENA convocó audiencia pública de modificación contractual del contrato 3-0004-2014, para el día veintiuno (21) de octubre de 2019 a las 2:30 p.m., en las oficinas de CORMAGDALENA.
- 2.10. Mediante correo electrónico de fecha dieciocho (18) de octubre de 2019 la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. solicitó aplazamiento de audiencia pública programada para veintiuno (21) octubre de 2019, teniendo en cuenta que el equipo técnico de la Sociedad Portuaria no podía asistir a dicha audiencia.

- 2.11. Que llegada la hora y fecha señalada en la Resolución No. 312 de 2019, se instaló la Audiencia pública y se aceptó la solicitud presentada por la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., y se suspendió la audiencia.
- 2.12. Que mediante Resolución No. 337 del quince (15) de noviembre de 2019, se fijó fecha y hora para continuar la audiencia pública de modificación para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019 a las 2:30 p.m. en las oficinas de CORMAGDALENA seccional Bogotá D.C.
- 2.13. Que el veinticinco (25) de noviembre de 2019, la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. radicó en CORMAGDALENA comunicado No. 201902006281 por medio del cual nuevamente solicitó reprogramación de la audiencia pública prevista para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019.
- 2.14. Que Cormagdalena no accedió a la solicitud de reprogramación de la audiencia presentada por la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., por considerar que operaba el supuesto factico del parágrafo segundo de la Resolución No. 000337 del 15 de noviembre de 2019, motivo por el cual se entiende desistido el trámite y se procedió a archivar.
- 2.15. Mediante Resolución No. 000029 del veintisiete (27) de enero de 2020, CORMAGDALENA procedió a archivar la solicitud de modificación contractual presentada por la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
- 2.16. Mediante Comunicaciones Internas con radicado CORMAGDALENA No. 202001001438 del 4 de agosto de 2020 y No. 202001001612 del 28 de agosto de 2020, de la Subdirección de Gestión Comercial la doctora Claudia Morales Esparragoza, en calidad de supervisora del contrato de concesión portuaria No. 03-0004 de 2014, solicitó el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento parcial y multa del referido contrato.
- 2.17. De acuerdo con ello, el procedimiento administrativo sancionatorio surtió varias sesiones de audiencia, así:
 - 2.17.1. Sesión de audiencia del 21 de octubre de 2020 en la cual se instaló audiencia y se presentaron los descargos tanto por los apoderados del Concesionario, como por el apoderado de la compañía garante.
 - 2.17.2. Sesión de audiencia del 10 de noviembre de 2020, se dio apertura a la etapa probatoria, se incorporaron pruebas y se decretaron las consideradas conducentes, útiles y pertinentes.
 - 2.17.3. Sesión de audiencia del 3 de diciembre de 2020, se decretaron aclaraciones a la prueba por informe a cargo de la supervisión.
 - 2.17.4. Sesión de audiencia del 13 de enero de 2021, fueron presentadas e incorporadas las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe

a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial y se cerró el período probatorio.

- 2.17.5. Sesión de audiencia del 25 de febrero de 2021, la apoderada del Concesionario solicitó suspensión de la audiencia antes de presentar los alegatos finales, teniendo en cuenta que estaban por surtir mesas de trabajo con la Subdirección y la nueva interventoría, frente a ello, la Subdirección corroboró la información en audiencia, por lo cual la OAJ accedió a la suspensión.
- 2.17.6. Actuación por fuera de audiencia, los apoderados del concesionario a través de memorial de fecha 8 de abril de 2021, informaron que renunciaban al poder, pusieron en conocimiento que la Sociedad objeto del presente procedimiento, había cancelado su matrícula mercantil, se había disuelto y presentado la cuenta final de liquidación y se habían transformado de Sociedad Anónima a Sociedad por Acciones Simplificadas.
- 2.17.7. Sesión de audiencia del 29 de abril de 2021, el liquidador de la Sociedad y el garante presentaron una serie de argumentos y documentos para que la Oficina Asesora Jurídica revisara y adoptara las decisiones del caso, conforme a los hechos sobrevinientes del procedimiento y de la Sociedad Novo Porto.
- 2.17.8. Sesión de audiencia del 18 de mayo de 2021, se corrió traslado de la información obtenida relacionada con la circunstancia sobreviviente en el procedimiento administrativo sancionatorio, se requirió al Concesionario información a verificar para conocer la circunstancia sobreviviente en la presente actuación administrativa. Finalmente, se solicitó a la interventoría pronunciamiento acerca de la superación de algunos presuntos incumplimientos
- 2.17.9. Sesión de audiencia del 11 de junio de 2021, esta Oficina Asesora Jurídica decretó aclaraciones solicitadas por el Concesionario al informe presentado por la interventoría y suspendió la audiencia fijando fecha de reanudación con el fin de cerrar el período probatorio y dar paso a los alegatos finales.
- 2.17.10. Sesión de audiencia del 24 de junio de 2021, se cerró el período probatorio y se dio paso a la presentación de alegatos finales por parte del representante de la Sociedad liquidada y del apoderado de la compañía garante.
- 2.17.11. Sesión de audiencia del 05 de octubre de 2021, se adoptó decisión a través de la Resolución No. 00301 de la misma fecha “*Por la cual se declara el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014 suscrito con la sociedad NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada*”, frente a la cual el liquidador de la Sociedad y de la compañía garante interpusieron recurso de reposición.
- 2.17.12. En sesión de audiencia del 09 de noviembre de 2021 tanto el liquidador de la Sociedad Portuaria Novo Porto S.A.S. como el apoderado de la compañía garante sustentaron el recurso de reposición presentado contra la Resolución No. 00301 del 05 de octubre de 2021.



RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1 LIQUIDADOR DE NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.

El liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S. interpuso y sustentó recurso de reposición de manera verbal y por escrito a través de radicado No. 2021-200-4388 de fecha 9 de noviembre de 2021, solicitó la revocatoria de la Resolución No. 00301 del 05 de octubre de 2021 a través de la cual se declaró el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014 suscrito con **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.**, y agrupó sus argumentos en dos partes: una primera parte en la que abordó los argumentos relacionados con el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales que fueron objeto del proceso sancionatorio, y una segunda parte, relacionada con manifestaciones realizadas por CORMAGDALENA que en criterio del liquidador no se relacionan con incumplimientos de obligaciones contractuales y que, por ende, no hicieron parte del procedimiento sancionatorio frente a los cuales no ejerció el correspondiente Derecho de Defensa, así:

3.1.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL RECURSO DE REPOSICIÓN.

3.1.1.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS COMUNES A LOS DOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DECLARADOS POR CORMAGDALENA.

3.1.1.2.1. INEJECUTABILIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN E INEXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.

En ese orden de ideas, en lo relacionado a este argumentó, señaló que durante la ejecución del contrato se presentaron hechos que imposibilitaron de manera absoluta la ejecución de este, como quiera que el Concesionario no tuvo la tenencia física y jurídica del bien objeto de concesión, a pesar de múltiples gestiones y actuaciones realizadas por el Concesionario. Relacionó que la Interventoría **INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S.** «*indicó que se habían presentado “Circunstancias Extraordinarias, Imprevistas e Imprevisibles y extrañas a la parte afectada”* » y manifestó que al no contar con el área para utilizar en la cual construir y/ operar el puerto, en sentir del liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S. operó el fenómeno de desaparición de la causa del contrato, generando la extinción de las obligaciones, y la inexigibilidad de las pretensiones en ellas incorporadas, de conformidad con el artículo 2008 del Código Civil ¹, por considerar que el efecto jurídico derivado de la imposibilidad de contar con la cosa objeto de arrendamiento es la terminación del mismo.

Como corolario de lo anterior, el liquidador manifestó que, el contrato objeto del presente procedimiento era inejecutable, porque la imposibilidad de ocupar y utilizar el área trajo

¹ ARTICULO 2008. <CAUSALES DE EXPIRACION DEL ARRENDAMIENTO DE COSAS>. *El arrendamiento de cosas expira de los mismos modos que los otros contratos, y especialmente:*

1. *Por la destrucción total de la cosa arrendada.*
2. *Por la expiración del tiempo estipulado para la duración del arriendo.*
3. *Por la extinción del derecho del arrendador, según las reglas que más adelante se expresarán.*
4. *Por sentencia de juez o de prefecto en los casos que la ley ha previsto.*

como consecuencia la desaparición de la causa del contrato, como consecuencia la extinción de las obligaciones y la terminación de este, por lo cual en su criterio hay una indebida motivación y una violación de normas imperativas en la imposición de la multa.

3.1.1.2.2. IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTA ANTE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN

Frente a este argumento el liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S., señaló que teniendo en cuenta la naturaleza cominatoria de la multa y hace referencia a varias sentencias del Consejo de Estado relacionadas en la resolución objeto del recurso, destacando que las multas no pueden imponerse por fuera del plazo de ejecución del contrato, por lo cual considera que la Resolución No. 000301 de 2021 fue expedida sin competencia, porque en criterio del recurrente estamos frente a un contrato terminado, y la referida resolución está enmarcada en el supuesto de nulidad contemplado en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011².

3.1.1.2.3. LIQUIDACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SANCIONADA.

De acuerdo con este argumento, el liquidador manifestó que, la Resolución objeto del presente recurso se impuso en contra de una sociedad liquidada, y en consecuencia, la liquidación de una sociedad genera como efecto su extinción como ente jurídico. De ahí que, a partir de la liquidación, la sociedad deja de ser una persona con capacidad para adquirir derechos y obligaciones. Por lo tanto, una sociedad liquidada no cuenta con aptitud para ser sujeto pasivo de un procedimiento sancionatorio.

Lo anterior manifestó el liquidador, ha sido de aplicación pacífica por distintas autoridades administrativas del Estado, trae a colación varias resoluciones de procedimientos administrativos sancionatorios que terminaron los procedimientos por la liquidación efectiva de las Sociedades, las Entidades son: INVIMA en el año 2020; Alcaldía de Bogotá en el año 2017 y ANLA en el año 2018.

Asimismo, señaló que CORMAGDALENA contraría sus propios actos, como quiera que, en audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación del 21 de octubre de 2021, convocada con el objeto de suscribir el acta de liquidación del Contrato de Concesión Portuaria, basó su decisión de no conciliar en que:

“El convocante carece de capacidad jurídica para ejecutar actos jurídicos y promover acciones judiciales a nombre de la sociedad NOVO PORTO S.A.”

En criterio del liquidador, lo anterior contraría la seguridad jurídica, el principio de buena fe y el debido proceso, que para determinadas actuaciones CORMAGDALENA reconozca los

² ARTÍCULO 137. NULIDAD. Toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general.

Procederá cuando hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió.”(negrilla fuera de texto)

efectos de la liquidación de la sociedad y para otras actuaciones le resulte irrelevante dicha liquidación.

En conclusión, para el liquidador, no existe sujeto pasivo en el presente procedimiento, por ello la decisión incurre en falsa motivación, la función conminatoria no podrá ser satisfecha y las obligaciones no pueden ser cumplidas ante la inexistencia de la persona jurídica.

3.1.1.2.4. VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA POR NO REFERIRSE A LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA EN LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE IMPUSO LA SANCIÓN.

De acuerdo a esta manifestación, en criterio del liquidador, la Entidad no se pronunció de todos los argumentos de defensa, se abstuvo de referirse al argumento consistente en la terminación del Contrato producido por la configuración de una causal objetiva prevista en el Contrato, así como al argumento de que el Contrato de Concesión era inejecutable por causas no atribuibles al Concesionario; ni que los recursos disponibles en la Fiducia eran suficientes para pagar a la Interventoría en caso de que decidiera contratarla.

En igual sentido refirió que, Cormagdalena omitió analizar la imposibilidad de contratar las pólizas por la inexistencia de la persona jurídica contratante, lo cual cercena el derecho de defensa.

3.1.1.2.5. INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA SUCESIÓN PROCESAL PARA EXTENDER LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD LIQUIDADA.

Frente a este argumento, el liquidador señaló que, el Consejo de Estado consideró que la sucesión procesal aplica para procesos judiciales en que ocurren alteraciones de las personas que “integran las partes y/o terceros en contienda”. En el presente caso, no existen partes en contienda cuyos derechos estén en litigio. El presente escenario es un proceso administrativo sancionatorio por un supuesto incumplimiento de obligaciones de un contrato inejecutable por fuerza mayor, la cual motivó la decisión de dar por liquidado al Concesionario, situación, además, regulada en el Contrato.

Igualmente manifestó que, CORMAGDALENA utiliza la sucesión procesal como base para extender la personificación jurídica de una sociedad liquidada, lo cual es contrario a la finalidad de la figura de la sucesión procesal, que se presenta para que los sucesores acudan al proceso por haberse liquidado la sociedad.

En criterio del recurrente, resulta evidente la falsa motivación en que incurre CORMAGDALENA para aplicar la figura de la sucesión procesal, con miras a extender la personalidad jurídica de una sociedad liquidada para imponer una multa contractual al interior de un contrato terminado e inejecutable.

Aunado a lo anterior, incluye otro argumento que consiste en que, las afirmaciones de CORMAGDALENA son imprecisas e incurren en un error de interpretación y aplicación del artículo 222 del Código de Comercio y la Jurisprudencia. Indica que: “*Una sociedad liquidada NO conserva su capacidad jurídica para actos necesarios a la inmediata liquidación, pues, precisamente, liquidada la sociedad culminó la etapa de liquidación.*”

De acuerdo con lo anterior, señala que, el artículo 222 del Código de Comercio tiene como función regular los actos que podrá efectuar una sociedad disuelta, mas no liquidada, como mal entiende CORMAGDALENA. De ahí que, una vez disuelta la sociedad *“no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”*. Así, dicho artículo consagra que una sociedad disuelta conservará su capacidad jurídica para realizar los actos necesarios para culminar el proceso de liquidación.

Se hace evidente que CORMAGDALENA continúa sin precisar cuál es el objeto que debe ser tutelado por un Juez para concluir que la personalidad jurídica debe ser extendida con posterioridad a la liquidación de la sociedad. Además, señaló, las expresiones que la Corporación fue asaltada en buena con conductas sorpresivas, fraudulentas e irregulares, no son cosa distinta que una extralimitación de funciones y violación al principio de buena fe y de presunción de inocencia, que pueden llegar a comprometer responsabilidades disciplinarias. Pues, como se abordará más adelante, por tratarse de manifestaciones que no tienen relación con el objeto del presente proceso administrativo, no ocurrió ninguna situación defraudatoria o por fuera de la Ley, además de que realizan dichas aseveraciones sin ser competentes para hacer dicha declaración, vulnerando el derecho al debido proceso.

Por lo expuesto en el presente capítulo, es notorio que las disquisiciones de CORMAGDALENA, enfocadas en extender, de manera indebida, la personalidad jurídica de una sociedad liquidada, son una muestra clara de una confusión conceptual en el uso de figuras procesales, normas de responsabilidad de los liquidadores, desestimación de la personalidad jurídica, así como de una extralimitación de funciones y violación de deberes legales y constitucionales al calificar de manera intempestiva, sin los soportes suficientes y sin la posibilidad del ejercicio de derecho de defensa, como fraudulentas actuaciones ejercidas por los liquidadores y socios de la sociedad bajo el amparo legal.

Finalmente, concluye que la Resolución No. 000301 de 2021 expedida por CORMAGDALENA incurre en falsa motivación, contraría las normas en que debe fundarse y se profirió en violación al derecho de defensa por lo que debe ser revocada y sin competencia.

3.1.1.3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS REFERIDOS A LOS DOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS.

3.1.1.3.1. OBLIGACIÓN DE FONDEAR LOS RECURSOS NECESARIOS PARA LA CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA.

3.1.1.3.1.1. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DE CORMAGDALENA.

Frente a este título, el liquidador de la Sociedad, manifestó, que de acuerdo a la cláusula 28 y 36 del Contrato de Concesión, Cormagdalena tenía la obligación de contratar una intervención administrativa, técnica, financiera, contable y jurídica, cuyo cumplimiento hacía exigible la prestación del Concesionario: fondear recursos a la fiducia.

Aunado a lo anterior, manifestó que se encontraba frente a una excepción de contrato no cumplido de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, como quiera que Cormagdalena ha incumplido su obligación de contratar la intervención, contrario al

comportamiento de Novo Porto que siempre realizó el fondeo de los recursos necesarios y estuvo allanado al cumplimiento de su obligación.

Relacionó el pago histórico de pagos por concepto de Interventoría que dentro del procedimiento se allegó como complementación a la prueba por informe a cargo de la intervención, así:

<i>Desde el 2015 hasta la actualidad se tiene evidencia de las siguientes contrataciones de Interventoría: Año</i>	<i>Interventoría contratada</i>	<i>Periodo contratado</i>	<i>Valor de contrato</i>
2015	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	<i>NA</i>	<i>0</i>
2016	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	<i>NA</i>	<i>0</i>
2017	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	<i>NA</i>	<i>0</i>
2018	<i>Ingeniería de Proyectos S.A.S.</i>	<i>1 de noviembre de 2018 al 31 de diciembre de 2018</i>	<i>\$109.503.800 incluido IVA</i>
2019	<i>Ingeniería de Proyectos S.A.S.</i>	<i>1 de enero de 2019 al 1 de marzo de 2019</i>	
2020	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	<i>NA</i>	<i>0</i>
2021	<i>Ingeproyect Ltda.</i>	<i>15 de febrero de 2021 al 14 de junio de 2021</i>	<i>\$117.000.800 incluido IVA</i>

3.1.1.3.1.2. INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO POR AUSENCIA DE NECESIDAD ANTE LA FALTA DE CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA

Frente a este argumento señaló que, la obligación de fondeo está estipulada en la cláusula 27 y 36 del Contrato de Concesión, así:

“CLÁUSULA 27. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO

(...)

f. Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la intervención”.

“CLÁUSULA 36. INTERVENTORÍA.

El CONCEDENTE contratará una intervención Administrativa, Técnica, Financiera, Contable y Jurídica para realizar el seguimiento a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO constituirá un fideicomiso donde depositará los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Intervención. (...)" (Subrayado fuera de texto original)

Finalmente, concluye que no existió un incumplimiento de la obligación contractual de suministrar a la fiducia “los recursos necesarios para la contratación de la intervención que debe hacer seguimiento y/o supervisión a las obligaciones contractuales”. Pues en consideración del liquidador de la Sociedad, no era exigible el cobro de una obligación sin causa de USD 373.000, sino que la misma debe sujetarse al supuesto de hecho que activa la exigibilidad, lo cual es la necesidad de recursos. Por ello señaló que, el incumplimiento endilgado por CORMAGDALENA es inexistente y, desde la citación a audiencia, se cometió un yerro por la Corporación al formular los cargos, sumando a que, en criterio del liquidador,

al realizar el pago por la suma indicada, se estaría contrariando lo dispuesto contractualmente y haciendo un pago sin justa causa o de lo no debido.

3.1.1.3.2. OBLIGACIÓN DE ACTUALIZAR LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA.

3.1.1.3.2.1. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR AUSENCIA DE RIESGO ASEGURABLE.

El liquidador, desarrolló en su escrito este tópico en dos argumentos, así:

1. No se reúne los elementos de riesgo asegurable, por lo cual, hace imposible la expedición de la póliza de seguro, trayendo a colación normatividad del Código de Comercio³ respecto de los elementos esenciales del contrato de seguro y definiciones de riesgo asegurable del Código de Comercio⁴ y de la Corte Constitucional⁵, como quiera que en criterio del liquidador al estar ante un contrato imposible de cumplir, por circunstancias ajenas al contratista, tal riesgo no puede ser producido, solo existirá en la medida de que se trate de contratos cuyas prestaciones implícitas en las obligaciones puedan ejecutarse.
2. De acuerdo con la manifestación del liquidador, nos encontramos frente a un contrato ineficaz, como quiera que, no podía realizarse la contratación de la póliza de seguro al no poder configurarse sus elementos esenciales, pues de hacerse, el mismo sería ineficaz de pleno derecho, razón por la cual, además las aseguradoras se negaron a expedir la póliza.

3.1.2. FUNDAMENTOS LEGALES RESPECTO DE LOS TEMAS QUE NO HICIERON PARTE DEL PROCESO (SIC) SANCIONATORIO.

3.1.2.1. ASEVERACIONES RELACIONADAS CON UNA SUPUESTA MALA FE.

³ "Artículo 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1. *El interés asegurable;*
2. *El riesgo asegurable;*
3. *La prima o precio del seguro, y*
4. *La obligación condicional del asegurador.*

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno".

(Resaltado y subrayado fuera de texto original)

⁴ "Artículo 1054. Denominase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento."

⁵ "El riesgo asegurable es aquel siniestro posible o probable que se pretende cubrir con el pago de la póliza."

De acuerdo con las manifestaciones realizadas por el liquidador en el escrito de recurso de reposición, la Corporación presume la mala fe, como quiera que la Sociedad procedió a la disolución y liquidación de esta, ampara en la ley, con base en la causal segunda del artículo 218 del Código de Comercio⁶, toda vez que hay una imposibilidad de desarrollar la empresa social prevista en su objeto social, lo cual es conocido por la Entidad.

Asimismo, reiteró que, el objeto del contrato es inejecutable por, situaciones ajenas al Concesionario como la pérdida de los títulos jurídicos para contar con el área adyacente, la imposición de una medida de status quo sobre el área concesionada lo que impide el acceso y uso de dicha zona, la imposibilidad de contar con la Motonave Tubaq y la imposibilidad de acceder al área en la que se desarrollaría el proyecto portuario por orden de autoridad.

Aunado a lo anterior, señaló que Novo Porto realizó todas las gestiones necesarias para superar estas imposibilidades, entre las que se encuentran la solicitud de modificación en el año 2017, la cual fue convocada a audiencia de modificación contractual hasta el 2019, momento en el cual en criterio del recurrente era insalvable el contrato.

De igual manera, señaló que no fue sorpresiva ni asaltó la buena fe, la disolución y liquidación de la Sociedad, como quiera que se inscribió en el Registro Mercantil, cual es un instrumento de publicidad.

Del mismo modo, señaló una serie de actuaciones y argumentos amparados dentro de la máxima Buena fe, que se enlistan a continuación:

1. El liquidador, de manera expresa se puso a disposición de la Corporación, a través de múltiples comunicaciones.
2. El liquidador a concurrido a todas y cada una de las audiencias y reuniones convocadas.
3. Solicitar ante la Procuraduría General de la Nación, una conciliación extrajudicial para finiquitar los asuntos pendientes con el Contrato de Concesión Portuaria.
4. Jamás ha estado en peligro el pago de cualquier suma de dinero que llegará a ser requerido, como quiera que la Compañía aseguradora fue llamada al presente procedimiento.
5. La Corporación tiene en sus arcas el dinero de NOVO PORTO tanto por concepto de intervenciones no contratadas, como de contraprestaciones pagadas en exceso.

Adicionalmente a todo lo anterior, enlistó una serie de actuaciones, que en consideración Cormagdalena extralimitó, así:

- Exigir a NOVO PORTO actuaciones previas a la liquidación que son inexistentes en la ley y en el contrato. NOVO PORTO procedió a su liquidación conforme a lo permitido expresamente por la ley y por el contrato, el cual no exige trámites previos de notificación y/o autorización previa.

⁶ “Artículo 218. La sociedad comercial se disolverá:

(...)

2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;
(...)”.

- Presumir una mala fe, y olvidar deliberadamente que tiene en su haber dinero que le pertenece a CORMAGDALENA, y que sirven para garantizar cualquier obligación que llegase a surgir.
- Presumir una mala fe, y olvidar deliberadamente que fue el suscrito quien se ha hecho presente a través de comunicaciones, audiencias y presentando los argumentos correspondientes.
- Presumir una mala fe, y olvidar deliberadamente que en el presente contrato está vinculada la compañía de seguros con quien NOVO PORTO contrató las pólizas hasta donde la imposibilidad de ejecutar el Contrato permitió.

Señaló que, la Corporación en la parte considerativa y resolutiva ordena compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, sin señalar cuál es la actuación que corresponde a una presunta comisión de un delito.

Finalmente, en sentir, del liquidador, que afirmar que una conducta corresponde a un acto defraudatorio y de mala fe, sin ser un funcionario competente, violando el Debido Proceso y sin los soportes necesarios, corresponde a una conducta inconstitucional y una extralimitación de funciones que compromete la responsabilidad de los funcionarios públicos.

3.1.2.2. ASEVERACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES Y DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

El último argumento del recurso presentado va encaminado a que el reproche realizado por Cormagdalena, respecto a que los liquidadores y socios del Concesionario son responsables por no haber realizado un aviso de prensa y no haber constituido la reserva por un pasivo contingente debe decirse que eso no tiene ninguna relación con el objeto del procedimiento administrativo sancionatorio, y que el mismo hace parte del proceso liquidatario, para el cual existen las reglas pertinentes.

Sin embargo, efectúa las siguientes apreciaciones respecto del análisis realizado por la Corporación, Cormagdalena no es la Entidad competente para declarar la responsabilidad de un liquidador o que el mismo actúo de manera defraudatoria, respecto de los administradores no se presume su responsabilidad, la misma requiere de una declaración judicial, trae a colación sentencia de la Superintendencia de Sociedades, así:

“en criterio de esta Delegatura, para que a los liquidadores les sea exigible el deber de crear reservas adecuadas, que atiendan eventualmente las obligaciones litigiosas de la sociedad liquidada, los activos sociales del ente económico deben ser suficientes para el efecto, lo cual no parece haber ocurrido en este caso.

En verdad, esta postura parecería ajustarse en mejor manera a ‘la relativa inseguridad que ocasiona [en nuestro sistema jurídico] la limitación de la responsabilidad en algunas especies de sociedades’, como es el caso de las simplificadas por acciones. ‘Naturalmente, no siempre el pasivo externo es pagado en su integridad. Puede suceder que los activos de la sociedad no sean suficientes para cancelar las obligaciones de la compañía con terceros’.

(...)

Por lo tanto, para el Despacho parece bastante claro que el señor (...) en su calidad de liquidador (...) no habría violado las obligaciones contenidas en el artículo 245 del Código de Comercio”⁷

Sumado a lo anterior, en el escrito de reposición se referencia la desestimación de la personalidad jurídica que realiza Cormagdalena, contenida en el artículo 42 de la ley 1258 de 2008, que en criterio del liquidador no se configuran los presupuestos para su procedencia, porque la disolución y liquidación de una compañía, ya sea por voluntad de sus socios o por la existencia de una causal legal, como en este caso, no implican un abuso de la personalidad jurídica, ni siquiera cuando al interior del trámite liquidatario se omite realizar las reservas de obligaciones contingentes y su inclusión en el inventario

Referencia sentencia del 15 de marzo de 2013 de la Superintendencia de Sociedades, así:

“para que prospere una acción de desestimación, el demandante debe demostrar, con suficientes méritos, que se han desbordado los fines para los cuales fueron concebidas las formas asociativas. Por tratarse de una medida verdaderamente excepcional, al demandante que propone la desestimación le corresponde una altísima carga probatoria. Y no podría ser de otra forma, por cuanto la sanción estudiada puede conducir a la derogatoria temporal del beneficio de limitación de responsabilidad, una de las prerrogativas de mayor entidad en el ámbito del derecho societario”

Finalmente, solicita se revoqué lo resuelto en la Resolución No. 00301 del 5 de octubre de 2021.

3.2. COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS SURAMERICANA S.A.

Por su parte, la compañía de Seguros SURAMERICANA S.A. manifestó que se tengan en cuenta los argumentos presentados por escrito y realizó un complemento de manera verbal a estos, que agrupa de la siguiente manera:

3.2.1. No fondeo de los recursos de la fiducia constituida para la contratación de la interventoría.

El apoderado de la Compañía Garante, manifestó que nos encontrábamos frente al fenómeno de la causa extraña del contrato que es una exclusión del contrato de seguro⁸, y se configura por las manifestaciones de la interventoría:

- La imposibilidad de ejecutar el Contrato y

⁷ Superintendencia de Sociedades. Sentencia No. 2016-800-7 del 15 de septiembre de 2017.

⁸ Condiciones Generales de la Póliza, 2. EXCLUSIONES:

“LOS AMPAROS PREVISTOS EN EL PRESENTE SEGURO NO OPERAN EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.1. CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES, LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.”

- La configuración de la causal de terminación del Contrato por disolución y liquidación voluntaria del Concesionario.

Adicionalmente señaló, que de conformidad con la Resolución recurrida, nos encontraríamos ante actos inasegurables, conforme a lo previsto en el artículo 1055 del Código de Comercio⁹.

Al igual que manifestó, que se trata de hechos sobrevinientes, y sorpresivos, como se califican en la Resolución impugnada, los mismos, a pesar de ser reprochables, no hacen parte de la imputación, por lo que rompe el principio de congruencia, y el debido proceso, pretender extraer responsabilidad contractual sobre los mismos dentro de la presente actuación administrativa; por lo que estos, deberán ser puestos en conocimiento de las autoridades competentes para lo de su competencia, como en efecto se hace, pero no pueden ser valorados de cara a la declaratoria de incumplimiento, que se encuentra atada por el pliego de cargos notificado al inicio de la actuación administrativa.

Agregó que, con la pretensión de imponer una sanción y hacerla efectiva, se extiende la vida más allá de la muerte (extinción de la persona jurídica), acudiendo a lineamientos jurisprudenciales y doctrina de la Superintendencia de Sociedades desarrollados para eventos diferentes a los que aquí nos convoca, pues, resultan abiertamente improcedentes con la finalidad de aplicar el ius puniendi del estado, y están dados, frente al fraude a acreedores y terceros, sobre obligaciones ciertas, de la que carecía para el momento de la disolución y liquidación la sanción a imponer, futura e incierta.

Aunado a lo anterior, señaló que, de acuerdo a la figura de la sucesión procesal desarrollada en la Resolución recurrida, los señores De la Rosa Romero Melina Julieth y Jaramillo Gutiérrez Cesar Eugenio liquidadores de Novo Porto, no hacen parte del contrato de seguro, y por lo cual no puede hacerse efectiva la póliza.

Manifestó que, estamos frente a una modificación no informada de una parte del contrato de seguro, por lo que debe darse aplicación al artículo 1060 del Código de Comercio.¹⁰

⁹ ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. *El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o polílico.*

¹⁰ ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. *El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*

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

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

Finalmente, señaló que estamos frente una decisión de responsabilidad objetiva.

3.2.2. No entrega de la información de los formatos de inversión.

Frente a este argumentó señaló, que fue superado, pero no se ajustó la tasación inicial, descontando el valor correspondiente a este incumplimiento, afectándose el principio de proporcionalidad.

3.2.3. No actualización de las garantías contractuales.

De acuerdo a lo señalado por el apoderado, la resolución objeto de recurso incurrió en falsa motivación como quiera que, no se puede afectar la póliza con base en el incumplimiento del contratista en su deber de mantener vigente durante toda la ejecución y liquidación de la concesión, de conformidad con lo normado en el artículo 43 del Decreto 474 de 2015.¹¹

3.2.4. No pago de la contraprestación.

Frente a este argumentó señaló, que fue superado, pero no se ajustó la tasación inicial, descontando el valor correspondiente a este incumplimiento, afectándose el principio de proporcionalidad.

3.2.5. Otros argumentos.

En el texto final del recurso, el apoderado de la compañía garante, señaló los siguientes argumentos:

- La multa tiene finalidad cominatoria.
- Señaló que operó el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro frente al presunto incumplimiento “*No fondeo de los recursos de la fiducia constituida para la*

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

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

¹¹ *Artículo 43. Aceptación de las garantías por vigencias. En el caso de las concesiones cuyo plazo sea superior a cinco (5) años, la entidad podrá aceptar que las garantías sean otorgadas por vigencias de cinco (5) años cada una. En tal evento, antes del vencimiento de cada vigencia, el beneficiario de la concesión está obligado a aportar para aprobación, la prórroga de dichas garantías o unas garantías nuevas, que amparen el cumplimiento de las obligaciones en la vigencia subsiguiente. Si el garante de una de las vigencias decide no continuar garantizando la siguiente vigencia, deberá informarlo por escrito al beneficiario de la concesión y a la entidad otorgante de la misma, con seis (6) meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente y en caso de no dar aviso quedará obligado a garantizar la siguiente vigencia. Lo anterior, sin perjuicio que los beneficiarios de las concesiones deban garantizar el plazo total de las mismas, para lo cual deberán mantener vigente durante toda la ejecución y liquidación de la concesión las garantías que amparen las obligaciones. En caso de incumplimiento de la obligación de prorrogar u obtener las garantías para cualquiera de las etapas del contrato, el beneficiario de la concesión quedará sujeto a las sanciones previstas en la ley, no pudiendo ser afectada la garantía de la etapa inmediatamente anterior, en lo que tiene que ver con dicha obligación.*

contratación de la *interventoría*”, tomando como base la fecha de exigibilidad de cada cuota, la última cuota exigible durante la vigencia del contrato de seguros debió pagarse en el mes de febrero de 2019, habiendo operado la misma, en el mes de febrero de 2021, de acuerdo al siguiente cuadro:

Valor de la Interventoría	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
	146.323	146.323	23.866	120.600	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866
	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866	23.866

Agrega que, las que se hayan generado posterior no son objeto de cobertura y solicita se revoque la decisión.

4. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en precedencia, 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 - 202003002138 del 17 de septiembre de 2020, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202003002143 del 18 de septiembre de 2020 enviada a la Compañía garante, 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:

1. El señor AURELIO TOBON ESTRADA, actuando en condición de apoderado de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPCA, calidad que acredita mediante poder otorgado por su Representante Legal ALVARO ALEJANDRO MEJÍA RODAS, mediante comunicación radicada en CORMAGDALENA bajo el No. 2008004013 el veinticinco (25) de septiembre de 2008, presentó una solicitud de concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público localizados en jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Departamento del Atlántico.
2. Que en cumplimiento del Artículo 12 de la Ley 1 de 1991 y en el Artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó el trámite solicitado mediante la expedición de la Resolución de aprobación No.000144-2013 del veintiséis (26) de abril de 2013, que definió los términos a los que debe sujetarse la sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPCA para el otorgamiento de la concesión.
3. Mediante Resolución No. 269 del veintiuno (21) de agosto de 2014 CORMAGDALENA autorizó la cesión de derechos y obligaciones previstos en la Resolución No. 000144-2013 de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe-PIPCA S.A. a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
4. Mediante Resolución No. 352 del veintinueve (29) de octubre de 2014, CORMAGDALENA otorgó una concesión a Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
5. CORMAGDALENA y Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., suscribieron Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004-2014 el veintiséis (26) de noviembre de 2014.
6. Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A solicitó la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004 de 2014, según la descripción del objeto y el alcance que se indicó en la comunicación radicada ante CORMAGDALENA bajo el Nro. 201702005310 del veintiuno (21) de noviembre de 2017.
7. Mediante oficio No. 201903000853 del veintinueve (29) de marzo de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer trimestre del año 2019.
8. Mediante oficio No. 201903001848 del primero (1) de agosto de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer y segundo trimestre del año 2019.
9. Mediante resolución No. 312 del ocho (8) de octubre de 2019, CORMAGDALENA convocó audiencia pública de modificación contractual del contrato 3-0004-2014, para el día veintiuno (21) de octubre de 2019 a las 2:30 p.m., en las oficinas de CORMAGDALENA.

10. Mediante correo electrónico de fecha dieciocho (18) de octubre de 2019 la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. solicitó aplazamiento de audiencia pública programada para veintiuno (21) octubre de 2019, teniendo en cuenta que el equipo técnico de la Sociedad Portuaria no podía asistir a dicha audiencia.

11. Que llegada la hora y fecha señalada en la Resolución No. 312 de 2019, se instaló la Audiencia pública y se aceptó la solicitud presentada por la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., y se suspendió la audiencia.

12. Que mediante Resolución No. 337 del quince (15) de noviembre de 2019, se fijó fecha y hora para continuar la audiencia pública de modificación para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019 a las 2:30 p.m. en las oficinas de CORMAGDALENA seccional Bogotá D.C.

13. Que el veinticinco (25) de noviembre de 2019, la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. radicó en CORMAGDALENA comunicado No. 201902006281 por medio del cual nuevamente solicitó reprogramación de la audiencia pública prevista para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019.

14. Que Cormagdalena no accedió a la solicitud de reprogramación de la audiencia presentada por la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., por considerar que operaba el supuesto fáctico del parágrafo segundo de la Resolución No. 000337 del 15 de noviembre de 2019, motivo por el cual se entiende desistido el trámite y se procedió a archivar.

15. Mediante Resolución No. 000029 del veintisiete (27) de enero de 2020, CORMAGDALENA procedió a archivar la solicitud de modificación contractual presentada por la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

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

5.1. Consideraciones sobre el recurso del liquidador de Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.

Antes de iniciar a analizar los argumentos presentados en el recurso de reposición tanto por el liquidador de la Sociedad referida como de la compañía garante, nos permitimos recordar que el presente procedimiento administrativo sancionatorio por presunto incumplimiento parcial para imposición de multa se convocó por cuatro causales así:

1. No fondeo de los recursos de la fiducia constituida.
2. No entrega de información.
3. No Actualización de Garantías Contractuales.
4. No pago de la Contraprestación.

De acuerdo con las pruebas allegadas al procedimiento, especialmente los pronunciamientos de la Secretaría General, la Subdirección de Gestión Comercial, la interventoría, y el análisis del despacho, se superaron dos de los cuatro incumplimientos estos son: **No entrega de información y No pago de la Contraprestación** este último por un valor de ingresos recibidos en el año 2020 de \$513.873.717, lo cual quedó consignado en la Resolución No. 00301 del 5 de octubre de 2021, objeto de recurso.

Así las cosas, las obligaciones que no quedaron probadas, como superadas de incumplimiento, son:

1. No fondeo de los recursos de la fiducia constituida.
2. No Actualización de Garantías Contractuales.

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

5.1.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS COMUNES A LOS DOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS DECLARADOS POR CORMAGDALENA.

5.1.1.1. INEJECUTABILIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN E INEXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.

El liquidador manifestó que, el contrato objeto del presente procedimiento era inejecutable, porque la imposibilidad de ocupar y utilizar el área trajo como consecuencia la desaparición de la causa del contrato, como consecuencia la extinción de las obligaciones y la terminación de este, por lo cual en su criterio hay una indebida motivación y una violación de normas imperativas en la imposición de la multa.

Frente a lo cual esta Oficina debe señalar que, respecto de este argumento se ventilaron dos pruebas, una que corresponde a la prueba por informe a cargo de la interventoría fechada 25 de mayo de 2021, que señaló:

“(...) No obstante, debe tenerse en cuenta que, desde el inicio del proceso sancionatorio hasta la fecha del presente informe, se han comprobado situaciones con relevancia legal que podrían afectar la exigibilidad de esta obligación, y por ende

el alcance de la presente conclusión. Estos hechos son: la imposibilidad de ejecutar el Contrato y la configuración de la causal de terminación del Contrato por disolución y liquidación voluntaria del Concesionario.

Sobre la imposibilidad de ejecutar el Contrato, en Concepto emitido por esta Interventoría con ocasión la solicitud de terminación del contrato de concesión realizada por el Concesionario el día 13 de abril de 2021, se manifestó que “existieron circunstancias, ajenas al Concesionario, que le impidieron el acceso y la utilización del área adyacente y al área concesionada (...).(subyulado fuera de texto).

La segunda prueba es el anexo No. 2 que presentó el liquidador, que corresponde a la “Solicitud de terminación bilateral y anticipada del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-00-4-2014 por mutuo acuerdo.” dicha solicitud fechada 12 de abril de 2021, que señaló:

- **IMPOSIBILIDAD DE ACCEDER FÍSICAMENTE AL ÁREA OBJETO DE CONCESIÓN**

La Cláusula 6 del Contrato de Concesión estableció la forma en que se realizaría el acceso al área concesionada:

“Al Terminal Portuario objeto del presente contrato de concesión se puede acceder por vía terrestre, fluvial y marítima. Por vía terrestre: Por la red vial nacional de carreteras de Colombia, ingresando por la red urbana de Barranquilla hasta llegar al predio identificado con Nomenclatura Urbana: Cra. 43 No. 2-10; por vía fluvial: A través del Río Magdalena o sus afluentes ubicados dentro de la jurisdicción del CONCEDENTE; por vía marítima: A través del Mar Caribe, ingresando por la desembocadura del Río Magdalena en Bocas de Ceniza, a partir de la cual se recorre una distancia aproximada de 18 kilómetros río arriba.”

El acceso terrestre descrito en el Contrato de Concesión tuvo en consideración la existencia de la Unidad de Actuación Urbanística del Parque Industrial y Portuario del Caribe, sector normativo 8, del Plan Parcial Barranquillita - La Loma - Barlovento, decretada a través del Decreto 083 de 2006, el cual fue aclarado a través del Decreto 076 de 2007, expedidos por la Alcaldía de Barranquilla.

A través de la Unidad de Actuación Urbanística se garantizaba i) la tenencia del área adyacente (marcada con color fucsia) en la cual se realizarán las inversiones correspondientes al proyecto y ii) el área a través de la cual se accedería al terminal portuario (marcada con color azul agua marina):

(...)



Pese a haber sido proferida por parte de **CORMAGDALENA** la Resolución de Aprobación No. 0144-2013 del 26 de abril de 2013 y ser los lotes No. 062 de la manzana 252, con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 040-438510 y Referencia Catastral No. 010202520062000, y No. 015 de la manzana 253 con Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 040-445364 y Referencia Catastral No. 010202530015000, de propiedad del Distrito de Barranquilla y de terceros, desde el 24 de noviembre de 2015, se impuso una medida de "statu quo" por la Inspección Octava de Policía de Barranquilla sobre el área adyacente a la zona de uso público del Contrato de Concesión, lo cual impedía el acceso terrestre en la forma establecida en dicho Contrato. El Proceso Polívico No. 361-15 por perturbación a la tenencia, dentro del cual se emitió la medida de "statu quo", se originó con ocasión de la denuncia que realizó un presunto invasor por considerar que la **SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO** había "perturbado su tenencia" pese a que dicha área se trataba de un lote de propiedad privada y de propiedad del Distrito de Barranquilla.

Posteriormente, a través del Decreto 0339 de 2019, el Distrito de Barranquilla resolvió terminar la Unidad de Actuación Urbanística con fundamento en la solicitud de "la declaratoria de la perdida de fuerza ejecutoria de los Decretos 083 de 2006 y 076 de 2007 y la cancelación de la inscripción en los folios de matrícula inmobiliaria de los predios que conforman la unidad de la delimitación". Esta situación trajo como consecuencia i) la ausencia de título jurídico para acreditar la tenencia del área adyacente (marcada con color fucsia) y ii) la ausencia de título jurídico para garantizar la utilización del área marcada con color azul agua marina), quedando la **SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO** sin la posibilidad de disponer del área donde se construiría el proyecto y sin la posibilidad de acceder al mismo.

Ante la situación anterior, y con el ánimo de desarrollar el proyecto, la **SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO** inició i) gestiones antes el Distrito de Barranquilla para garantizar la tenencia y utilización del área adyacente (color fucsia) en la cual se realizarían las inversiones, lo cual culminó con la suscripción del contrato de arrendamiento de dichos lotes; y ii) gestiones ante **EDUBAR**, propietario del lote identificado con referencia catastral No 08001010202530002000 (identificado en el plano con el color azul oscuro)

para que éste otorgara una servidumbre y así garantizar el acceso terrestre al terminal que se construiría.

A través de oficio APR-REA-200810-132 del 30 de julio de 2020, **EDUBAR** negó la solicitud de servidumbre realizada por la **SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO** lo cual supuso la **IMPOSIBILIDAD FÍSICA Y LEGAL DE ACCEDER AL ÁREA OBJETO DE CONCESIÓN**.

Esta situación fue reconocida por el entonces Interventor del Contrato de Concesión, **INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S.**, quien en su Informe Final presentado a **CORMAGDALENA** a través de oficio CINP-447-020-0746 del 26 de marzo de 2019, indicó respecto de la obligación de realizar inversiones que "*Esta intervención encuentra que es probable que estemos en presencia de Circunstancias Extraordinarias, Imprevistas e Imprevisibles y extrañas a la parte afectada.*"

En el Capítulo Quinto "ANALISIS DE LA SOLICITUD DE MODIFICACION DEL CONTRATO DE CONCESIÓN", indicó que "*por la zona adyacente se evidencia que a la fecha continua STATUS QUO O ESTADO DE QUIETUD proferida por la inspección Octava de Policía de Barranquilla por lo que se deduce que la concesión portuaria no cuenta con acceso terrestre actualmente lo cual afectan sustancialmente la ejecución del contrato de concesión portuaria*".

En el mismo sentido, dicho Interventor concluyó en el Capítulo Sexto "CONCLUSIONES" que:

"Con todo, y pese haber detectado en la visita técnica realizada por INP que a la fecha el puerto no está operando, esta Interventoría no tiene claro que se trate de un incumplimiento contractual toda vez que es factible que el hecho se encuentre fuera del control razonable de la Sociedad Portuaria.

Así las cosas, encuentra esta Interventoría que es probable que estemos en presencia de circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles y extrañas a la parte afectada.

(...)

Teniendo en cuenta lo anterior, a juicio de esta Interventoría no es apropiado adelantar un proceso al amparo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 hasta tanto no tengamos certeza absoluta de no estar frente al escenario de la Teoría de la Imprevención.

(...)

No se generó informe de incumplimiento, toda vez que esta Interventoría encuentra que es probable que estemos en presencia de Circunstancias Extraordinarias, Imprevistas e Imprevisibles y extrañas a la parte afectada."



De acuerdo con lo anterior, existieron circunstancias posteriores al inicio de la concesión que en criterio del liquidador hacen inejecutable el contrato de concesión e inexigible las obligaciones de este.

En este sentido solo nos referiremos a las causas referentes a la tenencia física y jurídica del bien objeto de concesión y el área para utilizar en la cual construir y/ operar el puerto, y no a ningún argumento relacionado con la disolución y liquidación de la Sociedad, como quiera que hace parte de otro argumento del recurso y se revisará en otro acápite.

Así las cosas, para nuestro análisis es menester revisar los diferentes pronunciamientos que existen en materia de riesgos del Contrato de Concesión Portuaria, realizados por el Consejo Nacional de Política Económica y Social, Consejo de Estado y Tribunales de Arbitramento relacionados con la materia.

En este orden de ideas, se resalta que de conformidad con el Conpes 3107 de 2001, los riesgos de la operación portuaria corresponden al inversionista privado, así:

“...El riesgo de operación se refiere al no cumplimiento de los parámetros de desempeño especificados; a costos de operación y mantenimiento mayores a los proyectados; a disponibilidad y costos de los insumos; y a interrupción de la operación por acto u omisión del operador, entre otros.

El riesgo de operación incide sobre los costos y los ingresos del proyecto debido a que implica menores niveles de productividad, e induce un incremento de los costos. La operación del proyecto es parte del objeto mismo del contrato, por lo que este riesgo se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación, salvo en los casos en que la misma involucre actividades a cargo de la entidad estatal y actividades a cargo del inversionista privado, a raíz de las cuales este riesgo puede ser compartido. Como mecanismo para mitigarlo, se debe exigir el cumplimiento de requisitos de experiencia en operación y capacidad técnica...” (Subrayado en negrilla fuera de texto).

Asimismo, existe pronunciamiento arbitral que compendia, laudos arbitrales, sentencias del Consejo de Estado, Corte Constitucional y Conpes, respecto a la asunción de riesgos y deber de planeación de los Contratos de Concesión, en los siguientes términos:

“...Tal y como lo mencionó el Tribunal en aparte anterior, en materia de concesión portuaria, por política de Estado destinada a incentivar la actividad, (documentos CONPES) el particular concesionado asume un riesgo en el desarrollo de esa actividad en cuanto tiene la carga de efectuar las inversiones necesarias para prestar el servicio, en las condiciones económicas y materiales en que se presentó la solicitud a la entidad pública (CORMAGDALENA) y fue aceptada por ésta. El concepto de asunción de riesgo implica para el particular que, cualquiera que sea el resultado de la actividad, está obligado a pagar la contraprestación fija que se conviene en el Contrato y que, en cuanto no se pacte que durante el plazo, se efectúen ajustes a esa contraprestación, ésta se causa como una suma predeterminada, sea que el particular obtenga utilidad o pérdida en la prestación del servicio...”

(Negrillas y subrayas fuera de texto). Laudo arbitral del 22 de junio de 2015. PALERMO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. contra CORMAGDALENA. Contrato de

concesión No. 34, suscrito el 1 de febrero de 2007. En igual sintonía a lo ya señalado: “...En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada. Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta. La obligación de estimar, tipificar, y asignar los riesgos previsibles en ejecución de un contrato estatal aparece en el año 2007 con la Ley 1150, modificatoria de la Ley 80 de 1993. Entonces, lo referente a la transferencia del riesgo como elemento característico de la concesión portuaria en los términos de la Ley 1a de 1991, para el momento de su expedición, resulta posible referenciando lo dispuesto por el artículo 102 del Decreto 222 de 1983 (antigua normativa en materia de contratación pública), el cual señala, en lo referente a la definición del contrato de concesión de obra pública que:

“ARTICULO 102. Mediante el sistema de concesión una persona, llamada concesionario, se obliga, por su cuenta y riesgo, a construir, montar, instalar, mejorar, adicionar, conservar, restaurar o mantener una obra pública, bajo el control de la entidad concedente, a cambio de una remuneración que puede consistir en los derechos o tarifas que, con aprobación de la autoridad competente, el primero cobre a los usuarios por un tiempo determinado, o en una utilidad única o porcentual que se otorga al concesionario en relación con el producido de dichos derechos o tarifas.” (Subrayas y negrita fuera de texto)

Destaca el Tribunal cómo la norma introduce un señalamiento trascendental al señalar que el concesionario se obligará por su cuenta y riesgo a la realización del objeto contractual de la concesión. Este elemento, en concurrencia con los demás identificados hasta el momento, caracterizan el contrato de concesión portuaria en el marco de la Ley 1a de 1991. A renglón seguido deberá avocarse el estudio específico del contrato que da origen al litigio...”.¹²

De igual forma en reciente Laudo Arbitral, se señaló respecto a los riesgos del contrato de concesión portuaria y al deber de planeación, lo siguiente:

“(...)En los contratos que tiene origen en la iniciativa privada ese deber de previsibilidad recae con mayor rigor en el particular y los postulados señalados por el Consejo de Estado son perfectamente aplicables a la Concesionaria, en cuanto su correcta y oportuna definición tiene por finalidad viabilizar y facilitar la ejecución contractual y por ello la Entidad Estatal como en el caso que nos ocupa, una vez evaluados esos riesgos los asigna íntegramente al concesionario como gestor y ejecutor del proyecto.

¹² CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo Arbitral del 26 de julio de 2018. OLEODUCTO CENTRAL S.A. – OCENSA-, y la AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA – ANI-.

(...)

*De conformidad con el artículo 30 de la Ley 80 de 1993 y la Ley 1682 de 2013 de Infraestructura, en los procesos de contratación **en desarrollo del deber de planeación, debe procurarse una equitativa distribución de riesgo, con base en el principio general de que asume el riesgo quien tiene mayor capacidad de gestionarlo y esta obligación se concreta en adoptar todas las medidas que aconsejen la diligencia y la prudencia de un buen administrador para evitar su ocurrencia o para mitigar sus efectos...***¹³ (Negrilla y subrayado fuera de texto).

En este sentido, tenemos pronunciamiento arbitral de este año, que señala:

*"(...) En síntesis, en materia de asignación de riesgos el contrato de concesión portuaria sigue el lineamiento que caracteriza a todos los contratos de concesión: **la ejecución de la obra y/o la prestación del servicio se realizan por cuenta y riesgo del concesionario.** Esto significa, principalmente, que es el contratista quien asume los riesgos inherentes a la actividad que se le encarga, siempre que se trate de aleas previsibles y en la medida en que sea la parte que esté en mejores condiciones de gestionar o administrar el riesgo, es decir, quién esté en capacidad de adoptar medidas para evitar o mitigar su ocurrencia.*

(...)

Del análisis precedente se concluye que, efectivamente, el plazo de la concesión portuaria guarda relación directa con la expectativa que tiene el contratista de obtener la amortización de sus inversiones. Esto, toda vez que se trata de una de las variables que las partes deben tener en cuenta para la fijación del término de duración de la inversión. Es decir, el plazo de la concesión está atado a la posibilidad del retorno de la inversión. Sin embargo, según se explicó, esto no supone que el Estado asuma un deber de garantizar el retorno de la inversión que implique una modificación o alteración del esquema de riesgos propio del contrato de concesión, en que el contratista actúa por cuenta y riesgo propios.

(...)

Ahora bien, a la hora de identificar las causas que pueden sobrevenir durante la ejecución del contrato y ocasionar la alteración del equilibrio económico del mismo, se advierte que la ley no contempla un catálogo de las circunstancias que pueden desencadenar dicha ruptura, y que han sido la doctrina y la jurisprudencia las que a partir de la interpretación de las distintas normas que se refieren a dicho principio,

¹³ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de zona franca Argos S.A.S. Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI- , Bogotá D.C., Laudo proferido el doce (12) de marzo de dos mil veinte (2020).

han hecho un esfuerzo por clasificar las causales de desequilibrio contractual así como los requisitos para su restablecimiento.”¹⁴ (Negrita y subrayado fuera de texto).

Estos criterios generales permiten establecer, en cada caso y según la naturaleza del objeto del contrato, cuáles son las contingencias que pueden afectar el desarrollo del contrato y quién debe asumirlas, que para el caso en concreto es el Concesionario, quien tiene la mayor capacidad de gestionar el riesgo.

Para el caso en concreto, la cláusula dos, del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014, señala:

“(..) CLAUSULA 2 OBJETO DEL CONTRATO El objeto del presente Contrato, es el otorgamiento al CONCESIONARIO por parte del CONCEDENTE de una concesión para que de conformidad con lo previsto en la Ley 1° de 1991, ocupe en forma temporal y exclusiva bienes de uso público descritos en la Clausula 42, para la construcción y operación de un terminal portuario, a cambio de una contraprestación económica a favor del CONCEDENTE y del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en los términos descritos en la Clausula 17 de este contrato.

*Las partes reconocen y aceptan que las actividades de Administración, Operación y Mantenimiento del Terminal Portuario suponen la existencia de riesgos que son asumidos por las partes en los términos establecidos en el presente Contrato. En todo caso y salvo pacto expreso en contrario, cada parte asumirá, **por su cuenta, los efectos de los riesgos propios de las actividades asignadas a cada una de éstas mediante este Contrato.** (...)” (negrita y subrayado fuera de texto).*

De acuerdo con lo anterior, tenemos que la tenencia, acceso al área adyacente y las circunstancias relacionadas con la Motonave TUBAQ son riesgos de manejo y gestión del Concesionario en los términos establecidos por el Conpes, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado y los diferentes Tribunales de Arbitramento referidos en este acápite.

Lo anterior se evidencia, teniendo en cuenta que el Concesionario solicitó dos veces la modificación del Contrato de Concesión, conforme a lo allegado en el presente procedimiento, así:

- Solicitud de modificación del contrato fechada 21 de noviembre de 2017, por parte de la Sociedad Novo Porto S.A.
- Referencia publicación aviso de prensa por parte de Novo Porto, indicando objeto y alcance de la modificación.
- El día 16 de febrero de 2018, la Sociedad Novo Porto presentó alcance a la solicitud de modificación.
- El día 27 de marzo de 2019, se reunió la Sociedad Novo Porto, Subdirección de Gestión Comercial y la interventoría con el fin de socializar el alcance a la solicitud de modificación.
- El día 28 de marzo de 2019 la Subdirección de Gestión Comercial, solicitó al Concesionario aclaración al oficio de solicitud de modificación.

¹⁴ CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ. Centro de Arbitraje y Conciliación. Tribunal arbitral de Sociedad Portuaria Regional de Buenaventura Contra Agencia Nacional de Infraestructura -ANI-, Bogotá D.C., Laudo proferido el dieciséis (16) de febrero de dos mil veintidós (2022).

- El día 7 de mayo de 2019, Novo Porto dio respuesta a la solicitud inmediatamente anterior.
- El día 24 de mayo 2019, Cormagdalena nuevamente solicitó ajustes a la solicitud de modificación.
- El día 12 de junio de 2019, Novo Porto presentó la información requerida con anterioridad.
- El día 18 de junio de 2019, la Sociedad dio alcance a su comunicación inmediatamente anterior.
- El día 5 de agosto de 2019, la Sociedad Novo Porto presentó ajuste al modelo financiero.
- El día 8 de octubre de 2019, Cormagdalena convocó a través de acto administrativo No. 00312 a la audiencia pública para divulgar los términos y condiciones de solicitud de modificación, fijando fecha para el día 21 de octubre de 2019.
- El día 18 de octubre de 2019, la representante legal de Novo Porto, solicitó aplazamiento de la audiencia, teniendo en cuenta que el equipo técnico de soporte para la fecha no estaba disponible.
- La Corporación a través de acto administrativo No. 0003337 de 15 de noviembre de 2019, accedió a la solicitud de aplazamiento, por única vez, dejando la advertencia que en caso de no asistencia o solicitud de aplazamiento la Entidad entendería por desistido el trámite y ordenaría el archivo de la solicitud, fijando como nueva fecha de audiencia el día 26 de noviembre de 2019.
- El día 25 de noviembre de 2019, la representante legal de la Sociedad Novo Porto S.A. solicitó el aplazamiento de la audiencia teniendo en cuenta que el Distrito de Barranquilla delimitará la zona adyacente para el mencionado desarrollo.
- El día 27 de enero de 2020, a través de acto administrativo No. 000029 la Corporación archivó la solicitud de modificación, aplicando lo señalado en la Resolución No. 0003337 de 15 de noviembre de 2019, esto es, en caso de no asistencia o solicitud de aplazamiento la Entidad entendería por desistido el trámite y ordenaría el archivo de la solicitud, dejando la anotación que el interesado puede presentar nuevamente solicitud de modificación.
- El día 22 de junio de 2020, la representante legal de la Sociedad Novo Porto S.A. presentó nueva solicitud de modificación y suspensión del contrato.
- El día 6 de julio de 2020, la Corporación a través de la Subdirección de Gestión Comercial, no accedió a la solicitud de suspensión como quiera que el Concesionario no acreditó la imprevisibilidad e irresistibilidad para configurarse una fuerza mayor, y respecto a la solicitud de modificaciones consideró que adolecen de sustento técnico, porque iría en contravía de la Política Portuaria establecida desde 1991 y que no tiene presente el CONPES 3744 de 2013.

Como se evidencia de lo reseñado con anterioridad, las solicitudes de modificación no prosperaron por actos y conductas propias del Concesionario, toda vez que no se hizo presente a una de las audiencias pese a la advertencia referenciada en la resolución, y la segunda modificación no cumplía los términos técnicos para darle trámite, frente a lo cual el Concesionario no realizó otra actuación, por lo cual queda demostrado que la gestión del riesgo frente al acceso, zona adyacente y las circunstancias relacionadas a la motonave TUBAQ, es del Concesionario y no de la Corporación, son riesgos propios de la ejecución de su actividad, porque el que se encuentra en una mejor situación para gestionarlos y

mitigarlos en la medida que depende, principalmente de la gestión que él realice frente al acceso y zona adyacente, y las circunstancias que enmarcaron la motonave TUBAQ.

Por todo lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario carece de fundamento, teniendo en cuenta que: a) CORMAGDALENA realizó las gestiones a las que se comprometió en el contrato de Concesión, para lo cual se suscribió entre las partes Acta de inicio del 29 de abril de 2015, por medio de la cual se entregó los bienes concesionados y se dio inicio al Contrato de Concesión b) El Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión 3-0004-2014 de 20014, el estado y las actividades que debía desarrollar en la zona a concesionar. d) El riesgo de la operación en sus diferentes etapas se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la operación; e) Por tanto, las situaciones para la tenencias y ocupación de la zona adyacente y las circunstancias relacionadas a la motonave TUBAQ, es de responsabilidad del Concesionario, y dependió de las gestiones que realizó en su momento, pues conocía todas la condiciones de la concesión de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión y no culminó las solicitudes de modificación del contrato como ya se relacionó.

Frente a este primer argumento, este despacho considera que no le asiste la razón al liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S. por las razones mencionadas con anterioridad.

5.1.1.2. IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTA ANTE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.

El liquidador de la Sociedad referida recurrió la Resolución No. 000301 de 2021, argumentando que las multas no pueden imponerse por fuera del plazo de ejecución del contrato, por lo cual considera que fue expedida sin competencia, porque en criterio del recurrente estamos frente a un contrato terminado, y la referida resolución está enmarcada en el supuesto de nulidad del acto administrativo.

Frente a este argumento, sea lo primero indicar que siendo el contrato un instrumento para la consecución de los fines y cometidos estatales¹⁵, su celebración está encaminada a su real y efectiva ejecución, siendo, entonces, su terminación anticipada un evento anormal.

Lo anterior nos lleva a diferenciar dos maneras de terminación de los contratos estatales, esto es, de manera normal y de manera anormal, a saber:

En la primera categoría, esto es, los modos normales de terminación de los contratos estatal existen las siguientes causales: a) Cumplimiento del objeto; b) Vencimiento del plazo extintivo de duración del contrato; c) Terminación o vencimiento del plazo extintivo

¹⁵ Ley 80 de 1993 ARTÍCULO 3o. DE LOS FINES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL. 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.

Los particulares, por su parte, tendrán en cuenta al celebrar y ejecutar contratos con las entidades estatales que, colaboran con ellas en el logro de sus fines y cumplen una función social que, como tal, implica obligaciones.

convenido para la ejecución del objeto del contrato, y d) Acaecimiento de la condición resolutoria expresa, pactada por las partes.¹⁶¹⁷

En la segunda categoría tenemos, los modos anormales de terminación de los contratos estatales, a saber: a) Desaparición sobreviniente del objeto o imposibilidad de ejecución del objeto contratado; b) Terminación unilateral propiamente dicha; c) Declaratoria de caducidad administrativa del contrato; d) Terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades; e) Desistimiento –o renuncia–, del contratista por la modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo; f) Declaratoria judicial de terminación del contrato, y h) Declaratoria judicial de nulidad del contrato.¹⁸

Asimismo, como otra categoría existe la causal de terminación de los contratos de la Administración, por mutuo consentimiento de las partes en virtud de la autonomía de las partes.

En este orden de ideas, frente a lo planteado por el liquidador no nos encontramos en ninguno de los supuestos fácticos y jurídicos de la primera categoría, es decir, de terminación normal del contrato estatal.

Pasaremos a revisar cada uno de los supuestos de la segunda categoría, la de terminación **anormal** del contrato estatal, así:

- Frente a la desaparición sobreviviente del objeto, conforme a las razones expuestas en el acápite anterior, este despacho desestimó dicho argumento porque el objeto del contrato no desapareció y siempre estuvo bajo el manejo y mitigación del riesgo del Concesionario, por esta razón no hay una imposibilidad de ejecución del objeto del contratado.
- Respecto a la terminación unilateral propiamente dicha, en este momento no existe por parte de esta Corporación manifestación unilateral de terminación del presente contrato de concesión.¹⁹

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 2006, radicado 14287.

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto del 28 de junio de 2016, Radicación interna: 2253.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Ley 80 de 1993 Artículo 17. DE LA TERMINACIÓN UNILATERAL. La entidad en acto administrativo debidamente motivado dispondrá la terminación anticipada del contrato en los siguientes eventos:

- 1o. Cuando las exigencias del servicio público lo requieran o la situación de orden público lo imponga.
- 2o. <Aparte subrayado del numeral 2o. CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE> Por muerte o incapacidad física permanente del contratista, si es persona natural, o por disolución de la persona jurídica del contratista.
- 3o. Por interdicción judicial o declaración de quiebra del contratista.
- 4o. Por cesación de pagos, concurso de acreedores o embargos judiciales del contratista que afecten de manera grave el cumplimiento del contrato.

Sin embargo, en los casos a que se refieren los numerales 2o. y 3o. de este artículo podrá continuarse la ejecución con el garante de la obligación.

- Lo relacionado a la declaratoria de caducidad del presente contrato, no cursa procedimiento administrativo sancionatorio para tal fin, ni existe pronunciamiento en tal sentido.
- Respecto a la terminación unilateral del contrato por violación del régimen de inhabilidades o incompatibilidades, no hay acto administrativo en este sentido.
- No existe desistimiento o renuncia por modificación unilateral del contrato en cuantía que afecte más del 20% del valor original del mismo.
- No existe declaratoria judicial de terminación del contrato.
- No existe declaratoria judicial de nulidad del contrato.

Y, por último, no existe un documento contractual de terminación por mutuo acuerdo del referido Contrato de Concesión Portuaria.

Como corolario de lo anterior, en el presente expediente sancionatorio no reposa documento relacionado con la terminación unilateral o bilateral del contrato de concesión referido y, en consecuencia, la Entidad tiene competencia para adoptar la decisión.

Frente a este argumento, este despacho considera que no le asiste la razón al liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S. por las razones mencionadas con anterioridad.

5.1.1.3. LIQUIDACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SANCIONADA.

El liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S., argumentó en este acápite que, la Resolución objeto del presente recurso se impuso en contra de una sociedad liquidada, la liquidación de una sociedad genera como efecto su extinción como ente jurídico. De ahí que, a partir de la liquidación, la sociedad deja de ser una persona con capacidad para adquirir derechos y obligaciones. Por lo tanto, una sociedad liquidada no cuenta con aptitud para ser sujeto pasivo de un procedimiento sancionatorio.

Lo anterior manifestó el liquidador, ha sido de aplicación pacífica por distintas autoridades administrativas del Estado, trae a colación varias resoluciones de procedimientos administrativos sancionatorios que terminaron los procedimientos por la liquidación efectiva de las Sociedades, las Entidades son: INVIMA 2020; Alcaldía de Bogotá 2017 y ANLA 2018.

Asimismo, señaló que CORMAGDALENA contraría sus propios actos, como quiera que, en audiencia de conciliación ante la Procuraduría General de la Nación del 21 de octubre de 2021, convocada con el objeto de suscribir el acta de liquidación del Contrato de Concesión Portuaria, basó su decisión de no conciliar en que:

“El convocante carece de capacidad jurídica para ejecutar actos jurídicos y promover acciones judiciales a nombre de la sociedad NOVO PORTO S.A.”

En criterio del liquidador, lo anterior contraria la seguridad jurídica, el principio de buena fe y el debido proceso, que para determinadas actuaciones CORMAGDALENA reconozca los

La iniciación de trámite concordatario no dará lugar a la declaratoria de terminación unilateral. En tal evento la ejecución se hará con sujeción a las normas sobre administración de negocios del deudor en concordato. La entidad dispondrá las medidas de inspección, control y vigilancia necesarias para asegurar el cumplimiento del objeto contractual e impedir la paralización del servicio.

efectos de la liquidación de la sociedad y para otras actuaciones le resulte irrelevante dicha liquidación.

En conclusión, para el liquidador, no existe sujeto pasivo en el presente procedimiento, por ello la decisión incurre en falsa motivación, la función conminatoria no podrá ser satisfecha y las obligaciones no pueden ser cumplidas ante la inexistencia de la persona jurídica.

Frente a los planteamientos presentados por el liquidador de la Sociedad referida, lo abordaremos de la siguiente manera:

Una vez revisados los argumentos del liquidador como la doctrina y jurisprudencia, el Despacho realizó un nuevo análisis de los argumentos, por lo tanto, resulta necesario indicar que, la capacidad para actuar de Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.S. se extinguió con la inscripción de la cuenta final de la liquidación en el registro mercantil y, a partir de ese momento, esta persona ficticia desapareció del mundo jurídico, por lo cual no puede ser sujeto de derechos y obligaciones, y no puede ser parte de un proceso, lo cual ocurrió para nuestro caso el día 25 de marzo de 2021, como consta en Certificado de Cancelación de Persona Jurídica expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, con la siguiente anotación:

“Que por Acta número 01/03/2021 del 23/03/2021, otorgado(a) en Asamblea de Accionistas en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 25/03/2021 bajo el número 398.260 del libro respectivo, consta la liquidación de la sociedad antes mencionada.”

De conformidad con lo anterior, Cormagdalena pudo comprobar que Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.S., dejó de existir el día 25 de marzo de 2021, y en este momento, luego de las actuaciones surtidas dentro del trámite del procedimiento administrativo, así como del presente recurso, la entidad se encuentra ante la imposibilidad de continuar con el procedimiento.

No puede perderse de vista que, en virtud de la notificación intempestiva de la disolución de la persona jurídica, dentro del trámite y el recurso formulado, se acreditó que a la fecha no existe sujeto de derechos que pueda asumir los efectos de la decisión adoptada, y en consecuencia, tenemos que, en este momento, existe certeza de la inexistencia de la persona jurídica, de conformidad con los trámites que fueron puestos en conocimiento por el liquidador y los documentos que reposan en el plenario.

En ese orden, resulta necesario revocar la decisión inicialmente adoptada el 5 de octubre de 2021.

Es así que, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha tenido posturas diferentes frente a la posibilidad de sancionar a una sociedad liquidada en el contexto de la prolongación de la personalidad jurídica, como lo viabilizaba en sentencia de la Sección Cuarta el Consejo de Estado de fecha 19 de febrero de 1993²⁰, de igual forma la Superintendencia de Sociedades en concepto del año 2019²¹ y la Corte Suprema de Justicia en sentencias,²²²³ providencias que fueron las relacionadas en la resolución objeto del presente recurso de reposición.

No obstante, el Tribunal de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo esto es el Consejo de Estado, en sus últimos pronunciamientos ha cambiado su jurisprudencia respecto de la prolongación de la personalidad jurídica para las Sociedades liquidadas y particularmente cuando se realizó la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, lo cual ocurrió en nuestro caso.

Conforme a lo anterior, nos permitimos traer a colación algunos pronunciamientos de reiteración, así:

“(..)Respecto a la pérdida de la capacidad para actuar de las personas jurídicas cuando se han liquidado, la Sección señaló lo siguiente²⁴:

“Sobre el momento en que se extingue o desaparece la persona jurídica, la Sala precisó lo siguiente²⁵

²⁰ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Rad.3760. Sentencia del 19 de febrero de 1993. M.P. CARMELO MARTINEZ CONN.

²¹ Oficio 220-060398 del 05 de junio de 2019.

²² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001-02-03-000-2005-00872-00. Sentencia del 7 de noviembre de 2007. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad. No. 66682-31-03-001-2004-00103-01. Sentencia del 5 de agosto de 2013. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

²⁴ Exp. 20688. C.P. Martha Teresa Briceño de Valencia

²⁵ Sentencia del 30 de abril de 2014, exp. 19575, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez.

“Refiriéndose a este tema, la Superintendencia de Sociedades indicó que con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, “desaparece del mundo jurídico la sociedad, y por ende todos sus órganos de administración y de fiscalización si existieren, desapareciendo así del tráfico mercantil como persona jurídica, en consecuencia no puede de ninguna manera seguir actuando ejerciendo derechos y adquiriendo obligaciones.”, y “al ser inscrita la cuenta final de liquidación en el registro mercantil, se extingue la vida jurídica de la sociedad, por tanto mal podría ser parte dentro de un proceso una persona jurídica que no existe”²⁶.

En idéntico sentido, frente al momento de la extinción de la sociedad, en reciente concepto la Superintendencia de Sociedades precisó lo siguiente²⁷:

“¿En qué momento se extingue completamente la sociedad?

“[...] solo con la inscripción en el registro mercantil del acta contentiva de la cuenta final de liquidación (no antes) la sociedad se extingue del mundo jurídico y por ende, todos sus órganos de administración y de fiscalización si existieren; esto es que a partir de ahí desaparece del tráfico mercantil como tal y en consecuencia, no puede ejercer derechos ni asumir obligaciones, máxime que su matrícula ha de cancelarse”

(...)

7. ¿Cuándo desaparece la sociedad, como sujeto de derecho?

“ [...] es cuando se surta la inscripción en el registro mercantil de los documentos correspondientes a la cuenta final de liquidación, que la sociedad para todos los efectos desaparece como sujeto de derecho y con ella, los órganos a través de los cuales actúa, lo que a su turno implica que el liquidador ostentará hasta entonces el carácter de representante legal y en tal virtud estará llamado a responder y actuar en nombre de la misma.” (Subraya la Sala)

Así pues, con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, la sociedad desaparece como sujeto de derecho. En consecuencia, hasta ese momento el liquidador tiene capacidad para representarla legalmente.

En efecto, el liquidador de una sociedad que ya se liquidó solo responde por los perjuicios causados por el incumplimiento de sus deberes, para lo cual el artículo 255 del Código de Comercio prevé que las acciones de los terceros (y los asociados) contra los liquidadores prescriben en cinco años, a partir de la fecha de la aprobación de la cuenta final de la liquidación.

²⁶ Oficio 220-036327 de 21 de mayo de 2008 de la Superintendencia de Sociedades

²⁷ Oficio N° 220-1111154 del 17 de julio de 2014.

Al respecto, la doctrina ha dicho que "a partir de la aprobación de la cuenta final de liquidación no subsisten sino acciones de los asociados y de los terceros contra el liquidador; ya no se trata de acciones contra la sociedad que puedan seguirse contra el liquidador como administrador de ese patrimonio social, sino de acciones derivadas de la obligación interpuesta en el artículo 255 del Código al liquidador de responder por los perjuicios causados a los socios y a los terceros "por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes".²⁸ (Subraya la Sala)

A su vez, **la efectividad de los derechos de los terceros contra el liquidador por actos de la sociedad solamente pueden intentarse durante el período de la liquidación**, pues "clausurada esta con la aprobación de la cuenta final de la misma, no hay propiamente obligaciones sociales, ya que desde entonces deja de existir el patrimonio social".²⁹

[...]

En suma, **una sociedad liquidada no es sujeto de derechos y obligaciones** y por tratarse de una persona jurídica que ya no existe, tampoco puede demandar ni ser demandada³⁰. Por la misma razón, el liquidador no tiene su representación legal ni pueden exigírselle a este el cumplimiento de las obligaciones a cargo de la sociedad liquidada.

Frente a la capacidad para ser parte, el artículo 44 del Código de Procedimiento Civil señala que "Toda persona natural o jurídica puede ser parte en un proceso." No obstante, una sociedad liquidada no tiene esa capacidad porque ya no existe en el mundo jurídico."

De acuerdo con el criterio expuesto, las personas jurídicas tienen capacidad para actuar hasta cuando son liquidadas y la liquidación se termina cuando se inscribe en el registro mercantil la cuenta final de liquidación, que es el momento en que las sociedades desaparecen del mundo jurídico."³¹

De igual forma, el mismo alto Tribunal, ha señalado:

²⁸ Sociedades Comerciales Vol. 1. Teoría General. Gabino Pinzón. Quinta Edición. Editorial TEMIS S.A. 1988, pág 263.

²⁹ Ibídem

³⁰ Ibídem. Se reitera que en oficio 220-036327 de 21 de mayo de 2008, la Superintendencia de Sociedades precisó que "al ser inscrita la cuenta final de liquidación en el registro mercantil, se extingue la vida jurídica de la sociedad, **por tanto mal podría ser parte dentro de un proceso una persona jurídica que no existe**". (Se resalta)

³¹ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Consejero Ponente Milton Chaves García. Sentencia del 29 de abril de 2020. Radicación. 25000-23-37-000-2016-00862-01(24521)

“(...) Al respecto, la Sala ha dicho que la capacidad para actuar, como atributo de las personas jurídicas, subsiste hasta el momento de su liquidación, lo cual ocurre con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de la liquidación, y que es a partir de ese momento que la persona jurídica desaparece definitivamente del mundo jurídico. Al efecto, señaló:

«De acuerdo con el artículo 98 del Código de Comercio, una vez constituida legalmente, la sociedad forma una persona jurídica distinta de los socios individualmente considerados. Así, la sociedad es una persona jurídica con capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, y, por consiguiente, para ser parte en un proceso, atributo que conserva hasta tanto se liquide definitivamente, esto es, se apruebe la cuenta final de su liquidación y se inscriba este acto en el registro mercantil, momento en el cual desaparece o se extingue la persona jurídica. Sobre el momento en que se extingue o desaparece la persona jurídica, la Sala ha precisado lo siguiente[28]:

“Refiriéndose a este tema, la Superintendencia de Sociedades indicó que con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, “desaparece del mundo jurídico la sociedad, y por ende todos sus órganos de administración y de fiscalización si existieren, desapareciendo así del tráfico mercantil como persona jurídica, en consecuencia no puede de ninguna manera seguir actuando ejerciendo derechos y adquiriendo obligaciones.”, y “al ser inscrita la cuenta final de liquidación en el registro mercantil, se extingue la vida jurídica de la sociedad, por tanto mal podría ser parte dentro de un proceso una persona jurídica que no existe”. (Se subraya).

Conforme con la jurisprudencia transcrita, la capacidad para actuar se extingue con la inscripción de la cuenta final de la liquidación en el registro mercantil y, a partir de ese momento, las personas jurídicas desaparecen del mundo jurídico, no pueden ser sujeto de derechos y obligaciones, y no pueden ser parte de un proceso.

En el caso concreto, Play and Toys S.A. dejó de existir desde el 21 de noviembre de 2012 y, por tal motivo, el 28 de noviembre de 2014, fecha de presentación de la demanda, la sociedad no podía ser parte del proceso iniciado ante la jurisdicción.

(...)

De otro lado, la Sala advierte que, ante la falta de definición de la litis por la inexistencia de la parte demandante, los actos sancionatorios no constituyen títulos ejecutivos que puedan ser objeto de cobro por vía administrativa.³²

«Así pues, con la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, la sociedad desaparece como sujeto de derecho. En consecuencia, hasta ese momento el liquidador tiene capacidad para representarla legalmente.

En efecto, el liquidador de una sociedad que ya se liquidó solo responde por los perjuicios causados por el incumplimiento de sus deberes, para lo cual el artículo

³² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Consejero Ponente Stella Jeannette Carvajal Basto. Bogotá. DC., 7 de marzo de 2018. Radicación número: 25000-23-37-000-2015-00507-01(23128).

255 del Código de Comercio prevé que las acciones de los terceros (y los asociados) contra los liquidadores prescriben en cinco años, a partir de la fecha de la aprobación de la cuenta final de la liquidación.

En consecuencia, “Si no han sido pagadas todas las obligaciones, ya no es posible intentar su cobro, la acción procedente entonces, tanto de parte de los socios como de los terceros, es la indemnización de perjuicios que representa para ellos el no pago, si es debido a dolo o culpa del liquidador en el cumplimiento de sus funciones. [...] Son, pues, dos clases muy distintas de acciones las que pueden intentar los socios y los terceros contra un liquidador: las enderezadas directamente a obtener el pago de los créditos de que sean titulares contra la sociedad, que solamente pueden proponerse como tales durante la liquidación, y las enderezadas al pago de los perjuicios causados por no haber sido atendidos debidamente los créditos”.^{33,34}

No obstante, de acuerdo con las mismas jurisprudencias transcritas, cosa distinta es la responsabilidad del liquidador lo cual no es objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio.

Es por esta razón que se **revocará parcialmente** la Resolución No.000301 expedida el 5 de octubre de 2021.

Ahora bien, como nos encontramos resolviendo un recurso de reposición, este despacho en aras de garantizar el debido derecho a la defensa y el principio de transparencia en las actuaciones administrativas se seguirá pronunciando de cada uno de los argumentos planteados en el mismo.

Frente al último argumento esbozado, en criterio del liquidador la función cominatoria no puede ser satisfecha, ante la inexistencia de la persona jurídica, nos permitimos recordar la última línea jurisprudencia que respecto a la función cominatoria desarrolló el Consejo de Estado, también acogida por Tribunal de Arbitramento en reciente Laudo Arbitral y que fueron señalados en la Resolución recurrida particularmente en sus páginas 20 a 23, de la siguiente manera:

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

“Así entonces, queda claro que la multa, a diferencia de la cláusula penal con naturaleza resarcitoria o compensatoria, tiene una naturaleza cominatoria o de apremio dirigida a actuar en forma compulsiva sobre el contratista obligado para constreñirlo al cabal cumplimiento de sus deberes contractuales, por tanto, cuando ese carácter se le atribuye, la cláusula penal - multa - conlleva también una función sancionatoria.

En cuanto a los efectos y el alcance de las multas, ha de señalarse que debido a que se considera como un medio de apremio, puede, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, acumularse tanto al cumplimiento de

³³ Sociedades Comerciales Vol. 1. Teoría General. Gabino Pinzón. Quinta Edición. Editorial TEMIS S.A. .1988, pág 263.

³⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Cuarta. Consejero Ponente Martha Teresa Briceño De Valencia. Bogotá. DC., 23 de abril de 2015. Radicación número: 25000232700020120037801 (20688)

la obligación principal, como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que” las partes así lo hayan estipulado.³⁵

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:

“Ahora bien, en materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio “es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñido al más exacto cumplimiento de sus obligaciones”.³⁶

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa “se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual”³⁷.

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que “tienen naturaleza conminatoria —sancionatoria y no indemnizatoria”³⁸”³⁹

En esta misma línea jurisprudencial, la misma Corporación ha retirado sus pronunciamientos, a saber:

“A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa “se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) 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”

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que “tienen naturaleza conminatoria —sancionatoria y no indemnizatoria—

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la

³⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702).

³⁶ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁸ 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

³⁹ 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(52549)

declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa”⁴⁰

Lo anterior, fue acogido en el Laudo Arbitral de septiembre de 2021, así:

“En esencia, la facultad de imponer multas en desarrollo de los contratos estatales es una manifestación particular del poder sancionatorio del Estado, que le permite conminar al contratista para el cabal cumplimiento de sus obligaciones.

(...)

De allí se desprende que la función que cumple la cláusula penal se dirige, en principio, a tasar anticipadamente los perjuicios derivados del incumplimiento y desde ese ángulo su pacto adquiere un carácter resarcitorio e indemnizatorio; en ese orden, la multa como herramienta conminatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena (Ver auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón. “Adicionalmente, esa Corporación (se refiere a la Corte Suprema de Justicia) ha señalado de manera reiterada que, si existe pacto inequívoco al respecto, la cláusula penal puede cumplir una función diferente a la de tasar anticipadamente los perjuicios que puedan surgir con ocasión del incumplimiento de las obligaciones contractuales”. Sobre este punto, también consultar el concepto del Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, 25 de mayo de 2006, Rad. 1.748, C.P: Enrique José Arboleda Perdomo: “Es interesante también insistir en la forma de interpretar las cláusulas penales, pues por lo general se deben entender como tasación anticipada de perjuicios, y sólo por pacto expreso e inequívoco en palabras de la Corte, se pueden considerar en sentido de cumplir las otras funciones. De aquí se desprende que si hay dudas en la interpretación de una determinada estipulación, se debe apreciar como estimación de los perjuicios”).

- Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica **es de estirpe sancionatoria**, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.”⁴¹*

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 parcial 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, **con estirpe sancionatoria**.

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,

⁴⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 630012333000201800132 01 (64.154)

⁴¹ Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

para conminar al contratista al cumplimiento de aquellas obligaciones que se encuentren pendientes dentro de la ejecución contractual.

Aunado a lo anterior y para mayor ilustración, nos permitimos señalar que las decisiones traídas a colación tanto en la Resolución No. 00301 del 05 de octubre de 2021 como en el presente acto administrativo, el Consejo de Estado en Sentencia del 24 de abril de 2020, como el Laudo Arbitral de 9 de abril de 2021, discutieron la competencia y la función conminatoria de la multa como quiera que el primer acto administrativo fue expedido dos días antes de la acaecer el término de ejecución del contrato y la resolución que resolvió los recursos fue proferida por fuera del plazo de ejecución del mismo.

“(...) De lo expuesto resulta claro que no es que el incumplimiento atribuido en un principio a la unión temporal Segundo Centenario no hubiera sido real y sustentado; aconteció, por el contrario, que siendo cierto y tangible, el contratista se allanó a la satisfacción de algunas de sus obligaciones incumplidas, con lo cual en manera alguna puede desconocerse el poder conminatorio intrínseco que surtió en la práctica el procedimiento sancionatorio adelantado para la imposición de la correspondiente sanción que tendría lugar en caso de que el incumplimiento no se superara como, en efecto, sucedió.

(...)

Es indudable la esencia conminatoria que rodeó el procedimiento sancionatorio que culminó con la expedición de la Resolución 08298 del 28 de noviembre de 2008, frente a lo cual cabe anotar que, si bien esta decisión se dictó faltando dos días para vencerse el plazo contractual, lo cierto es que ello no riñe con la previsión contenida en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, toda vez que, por un lado, se configuró el supuesto tanto fáctico como convencional y normativo para su imposición, consistente en el incumplimiento parcial de las obligaciones a cargo del contratista, y, de otra parte, no pugna con lo dispuesto en esta norma jurídica, según la cual las obligaciones que sirven de soporte a la multa deben estar pendientes de ejecución, debido a que claramente se hallaban insatisfechas y, por ello, en mora de ser cumplidas; de ahí su incumplimiento. (...)"⁴²

El Tribunal de Arbitramento, señaló al respecto:

“(...) En síntesis, el Consejo de Estado encontró que las multas impuestas al contratistas, cumplieron a cabalidad con los preceptos que impone la ley y el debido proceso, en concreto, el cumplimiento del procedimiento que indica la normatividad, la adecuada temporalidad para imponer las cuestionadas sanciones (antes del vencimiento del plazo contractual) y el cumplimiento de la conminación desde el inicio del procedimiento sancionatorio, por lo que a juicio del Tribunal, siguiendo en este sentido la línea trazada por la alta corporación, es razón más que suficiente para negar la pretensión segunda de la demanda reformada y considerar probadas las excepciones invocadas por la entidad demandada para controvertir estas pretensiones. (...)"⁴³

De la lectura de la jurisprudencia y del Laudo, podemos inferir que la función conminatoria de la multa, se encuentra materializada, toda vez que con el inicio del procedimiento administrativo sancionatorios se instó o conminó al cumplimiento de las obligaciones del Contratista, tan es así que se superaron algunos de los incumplimientos por los que se

⁴² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 630012333000201800132 01 (64.154)

⁴³ Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

convocó al Concesionario, como quiera que el incumplimiento por no pago de la contraprestación y por no presentación de la información fueron superados por la Sociedad Novo Porto S.A.S. dentro del presente procedimiento sancionatorio.

Asimismo, frente a los dos requisitos planteados en las referidas decisiones judicial y arbitral para la imposición de multas, se tratan de incumplimientos parciales de las obligaciones a cargo del contratista, esto es, no fondeo de la fiducia constituida y no actualización de las garantías, y las obligaciones que sirven de soporte a la multa deben estar pendientes de ejecución, debido a que claramente se hallan insatisfechas, y como se señaló en el acápite anterior en el presente expediente sancionatorio no reposa documento relacionado con la terminación unilateral o bilateral del contrato de concesión referido y, en consecuencia, la Entidad tiene competencia para adoptar la decisión.

Frente a estos argumentos, este despacho considera que no le asiste parcialmente la razón al liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S. por las razones mencionadas con anterioridad.

5.1.1.4. VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA POR NO REFERIRSE A LOS ARGUMENTOS DE DEFENSA EN LA MOTIVACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO QUE IMPUSO LA SANCIÓN.

En criterio del liquidador, la Entidad no se pronunció de todos los argumentos de defensa, se abstuvo de referirse al argumento consistente en la terminación del Contrato producido por la configuración de una causal objetiva prevista en el Contrato, así como al argumento de que el Contrato de Concesión era inejecutable por causas no atribuibles al Concesionario; ni que los recursos disponibles en la Fiducia eran suficientes para pagar a la Interventoría en caso de que decidiera contratarla.

En igual sentido refirió que, Cormagdalena omitió analizar la imposibilidad de contratar las pólizas por la inexistencia de la persona jurídica contratante, lo cual cercena el derecho de defensa.

Frente a lo anterior, este despacho difiere de lo señalado, como quiera que dentro del análisis realizado en la Resolución No. 00301 del 05 de octubre de 2021, particularmente sus numerales “6.3.1 *No fondeo de los recursos de la fiducia constituida*” y “6.3.3 *No Actualización de Garantías Contractuales*”, se retomaron los descargos, las manifestaciones realizadas a las pruebas por informes y los alegatos presentados por el contratista, y la Corporación concluyó que no se evidencia **elementos de eximiente de responsabilidad**, esto quiere decir que para la Entidad no se configuró una fuerza mayor o caso fortuito, que obedeciera a la imprevisibilidad e irresistibilidad o culpa de un tercero, adicionalmente conforme a lo expuesto por la Subdirección de Gestión Comercial no era procedente un acuerdo de pago sobre los valores a pagar a la fiducia sino la modificación del contrato para el efecto, como quiera y como quedó más ampliamente explicado en el numeral 5.1.1.1. son riesgos del Concesionario Portuario.

Lo anterior, toda vez que a las luces de nuestro ordenamiento jurídico, el principio general es que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, las partes deben ejecutar las prestaciones que emanen de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución, ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por

causas que justifiquen la conducta no imputable al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del contratante, según el caso y los términos del contrato).⁴⁴

Frente a este argumento, este despacho considera que no le asiste la razón al liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S. por las razones mencionadas con anterioridad.

5.1.1.5. INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA SUCESIÓN PROCESAL PARA EXTENDER LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD LIQUIDADA.

En lo referente a este argumentó, el liquidador de la Sociedad referida manifestó que, el Consejo de Estado consideró que la sucesión procesal aplica para procesos judiciales en que ocurren alteraciones de las personas que “*integran las partes y/o terceros en contienda*”. En el presente caso, no existen partes en contienda cuyos derechos estén en litigio. Para el liquidador, el presente escenario es un procedimiento administrativo sancionatorio por un supuesto incumplimiento de obligaciones de un contrato inejecutable por fuerza mayor, la cual motivó la decisión de dar por liquidado al Concesionario, situación, además, regulada en el Contrato.

Igualmente manifestó que, CORMAGDALENA utiliza la sucesión procesal como base para extender la personificación jurídica de una sociedad liquidada, lo cual es contrario a la finalidad de la figura de la sucesión procesal, que se presenta para que los sucesores acudan al proceso por haberse liquidado la sociedad.

Sumado a lo anterior, señaló que, CORMAGDALENA continúa sin precisar cuál es el objeto que debe ser tutelado por un Juez para concluir que la personalidad jurídica debe ser extendida con posterioridad a la liquidación de la sociedad. Además, las expresiones de que la Corporación fue asaltada en su buena fe con conductas sorpresivas, fraudulentas e irregulares, no son cosa distinta que una extralimitación de funciones y violación al principio de buena fe y de presunción de inocencia, que pueden llegar a comprometer responsabilidades disciplinarias. Pues, como se abordará más adelante, por tratarse de manifestaciones que no tienen relación con el objeto del presente procedimiento administrativo, no ocurrió ninguna situación defraudatoria o por fuera de la Ley, además de que realizan dichas aseveraciones sin ser competentes para hacer dicha declaración, vulnerando el derecho al Debid Proceso.

En atención a que en el acápite “5.1.1.3. LIQUIDACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SANCIONADA” este despacho ya se pronunció y señaló la razón por la cual no puede ser parte y consecuencialmente objeto de sanción una persona jurídica liquidada, por sustracción de materia se despacha este argumento respecto a la sucesión procesal.

Finalmente, señaló que, la expresión que la Corporación fue asaltada en buena fe con conductas sorpresivas, fraudulentas e irregulares, no son cosa distinta que una extralimitación de funciones y violación al principio de buena fe y de presunción de

⁴⁴ Sentencia del Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 20001-23-31-000-2000-01310-01(24217).MP.
Danilo Rojas Betancourth. Sentencia del 30 de enero de dos mil trece (2013).

inocencia, que pueden llegar a comprometer responsabilidades disciplinarias, lo cual como el liquidador señaló, será desarrollado en un acápite más adelante por este despacho.

Frente a los argumentos señalados por el liquidador, para esta Oficina tienen vocación de prosperar, por la razón señalada con anterioridad.

5.1.2. FUNDAMENTOS JURÍDICOS REFERIDOS A LOS DOS PRESUNTOS INCUMPLIMIENTOS:

5.1.2.1. OBLIGACIÓN DE FONDEAR LOS RECURSOS NECESARIOS PARA LA CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA.

5.1.2.1.1. INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO POR INCUMPLIMIENTO DE CORMAGDALENA.

Frente a este título, el liquidador de la Sociedad, manifestó, que de acuerdo a la cláusula 28 y 36 del Contrato de Concesión, Cormagdalena tenía la obligación de contratar una interventoría administrativa, técnica, financiera, contable y jurídica, cuyo cumplimiento hacía exigible la prestación del Concesionario: fondear recursos a la fiducia.

Aunado a lo anterior, manifestó que se encontraba frente a una excepción de contrato no cumplido de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, como quiera que Cormagdalena ha incumplido su obligación de contratar la interventoría, contrario al comportamiento de Novo Porto que siempre realizó el fondeo de los recursos necesarios y estuvo allanado al cumplimiento de su obligación.

Relacionó el pago histórico de pagos por concepto de Interventoría que dentro del procedimiento se allegó como complementación a la prueba por informe a cargo de la interventoría.

De acuerdo, a las anteriores manifestaciones el despacho, entrará a revisar el clausulado del Contrato de Concesión No. 3-0004-2014, relacionado con la obligación de contratar la interventoría para en sentir del liquidador, hacía exigible la prestación del Concesionario de fondear recursos a la fiducia, así:

Cláusula 27:

“CLÁUSULA 27. OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO
(...)

f. Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría”.

Cláusula 28:

“CLAUSULA 28 OBLIGACIONES DE EL CONCEDENTE

Serán obligaciones del CONCEDENTE las siguientes:

- a) Suscribir el acta de inicio de conformidad con lo establecido en la Cláusula 21°.*
- b) Aprobar las garantías presentadas por el CONCESIONARIO, de conformidad con lo establecido en la Cláusula 22°;*

c) Acatar y cumplir con las decisiones tomadas por el Tribunal de Arbitramento en los términos de la Cláusula 34°; **d) Contratar al Interventor conforme lo señalado en la Cláusula 36a.”**

La Cláusula 36, señala:

“INTERVENTORIA”

El CONCEDENTE contratará una intervención Administrativa, Técnica, Financiera, Contable y Jurídica para realizar el seguimiento a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO constituirá un fideicomiso donde depositar y los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Interventoría. Las condiciones para la constitución del Fideicomiso se regularán por lo dispuesto en el Anexo 7.

Si por cualquier razón, imputable o no al CONCEDENTE, el contrato de Interventoría no se hubiere suscrito al vencimiento del plazo de SEIS (6) meses contado a partir de la suscripción del Contrato, el CONCEDENTE ejercerá la supervisión especial del Contrato mientras se dispone de un contrato de Interventoría temporal o definitivo. Ni la situación de suspensión, ni la disponibilidad de un Interventor temporal serán causales de reclamación ni de compensación a favor del CONCESIONARIO y, por lo tanto, el CONCEDENTE no estará obligado bajo ninguna circunstancia a efectuar algún reconocimiento por estas causas.

Las funciones y potestades atribuidas contractualmente a la Interventoría no suplantan la supervisión de la ejecución contractual ejercida por el CONCEDENTE.”

Anexo 7:

“REGLAS PARA LA CONSTITUCIÓN DEL FIDEICOMISO”

1. Objeto y características del Fideicomiso

El fideicomiso será el centro de imputación contable de los recursos destinados para a (sic) contratación de la Interventoría Administrativa, Técnica, Financiera, Contable y Jurídica cuyo objeto será el seguimiento a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de CONCESIONARIO, de conformidad con lo dispuesto en la cláusula 36 del contrato de concesión. En consecuencia será el encargado de efectuar los pagos a que se obligue CORMAGDALENA para la ejecución del contrato de Interventoría y centralizar la totalidad del manejo financiero y contable de los recursos que fondearan el contrato de Interventoría.

En todo caso, el Fideicomiso deberá servir como herramienta de administración, seguimiento y control de los ingresos y los costos de la intervención.

(...)

3. Cuenta del Fideicomiso

El fideicomiso tendrá una sola cuenta destinada al fondeo de la contratación de la Interventoría.

En la cuenta se depositarán los recursos requeridos para el pago de los honorarios del Interventor, dentro de los plazos y en los montos señalados por CORMAGDALENA en el respectivo contrato de Interventoría.

Las sumas depositadas en la cuenta se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en el párrafo anterior, sin perjuicios de que sus excedentes tengan la destinación que a continuación se prevé.

CORMAGDALENA será la beneficiaria final de los excedentes de la cuenta de Interventoría. Al finalizar cada año calendario, se realizará un corte de cuentas de los recursos utilizados de la cuenta de intervención, del cual se enviará copia a

CORMAGDALENA, dentro de los QUINCE (15) Días siguientes a la presentación de los Estados Financieros del año fiscal correspondiente del Fideicomiso a la Superintendencia Financiera. CORMAGDALENA podrá solicitar aclaraciones sobre dicho informe en la Entidad Fiduciaria. CORMAGDALENA podrá solicitar aclaraciones sobre dicho informe en la Entidad Fiduciaria. Esta cuenta será liquidada de manera definitiva una vez culminadas las labores de Interventoría. Si quedarán excedentes tras la liquidación definitiva, estos serán transferidos a CORMAGDALENA.”

De acuerdo, con el clausulado transcurrido, podemos observar por un lado la obligación del Concesionario, de constituir un fideicomiso donde depositar, y los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Interventoría, y por otro lado las obligaciones de CORMAGDALENA de contratar la intervención en los términos de la cláusula 36, en la cual se establece que la Corporación (EL CONCEDENTE) ejercerá la supervisión especial del Contrato mientras se dispone de un contrato de Interventoría temporal o definitivo, y en el anexo 7 se establece las reglas para la constitución del fideicomiso, en la cual se establece que los excedentes de la cuenta del fideicomiso será beneficiaria CORMAGDALENA.

Con lo anterior, se destaca que la Corporación no ha cumplido sus obligaciones, pese a que no ha contratado todo el tiempo la Interventoría conforme al cuadro que expuso la intervención en la prueba por informe No. 2 de la intervención dentro del presente procedimiento, así:

Desde el 2015 hasta la actualidad se tiene evidencia de las siguientes contrataciones de Interventoría: Año	Interventoría contratada	Periodo contratado	Valor de contrato
2015	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	NA	0
2016	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	NA	0
2017	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	NA	0
2018	<i>Ingeniería de Proyectos S.A.S.</i>	<i>1 de noviembre de 2018 al 31 de diciembre de 2018</i>	\$109.503.800 incluido IVA
2019	<i>Ingeniería de Proyectos S.A.S.</i>	<i>1 de enero de 2019 al 1 de marzo de 2019</i>	
2020	<i>No existe evidencia de contratación de intervención</i>	NA	0
2021	<i>Ingeproyect Ltda.</i>	<i>15 de febrero de 2021 al 14 de junio de 2021</i>	\$117.000.800 incluido IVA

Como quiera, que la Corporación ha ejercido conforme a las mismas estipulaciones del contrato, la supervisión a través de la vigilancia y control del Contrato de Concesión; a su vez el Anexo No. 7 del Contrato de Concesión No. 3-0004-2014, disciplina que los excedentes de la cuenta de fideicomiso serán transferidos a Cormagdalena, con lo cual queda probado que la Entidad ha cumplido sus obligaciones conforme al clausulado del contrato referido.

Una vez establecido lo anterior, analizaremos el planteamiento de la excepción de contrato incumplido, de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil. De acuerdo con la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, sobre excepción de contrato no cumplido, que señala los requisitos de esta institución jurídica, así:

- (i) Que exista un contrato sinalagmático, esto es, fuente de obligaciones recíprocas, correspondientes o correlativas;
- (ii) Que el no cumplimiento sea cierto y real de obligaciones a cargo de las dos partes contratantes;
- (iii) Que el incumplimiento de la Administración sea grave, determinante y de gran significación; lo que debe traducirse en una razonable imposibilidad de cumplir para el contratista; y
- (iv) Que quien invoca la excepción no haya tenido a su cargo el cumplimiento de una prestación que debió ejecutarse primero en el tiempo, puesto que no se le puede conceder el medio defensivo de la excepción de incumplimiento cuando su conducta la rechaza, por ser contrario a la bona fides in solvendo.

De acuerdo, con lo encontrado en el expediente contractual tenemos que el Concesionario, no cumplió su obligación que era primero en el tiempo, la cual corresponde a depositar los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Interventoría en la cuenta del fideicomiso, conforme a las obligaciones de la cláusula 27 y 36 del referido contrato.

Es por esta razón, que este despacho no encuentra que se cumplan los presupuestos de la excepción de contrato no cumplido, dado que el incumplimiento que se le pretende endilgar a la Entidad, por no contratar la Interventoría, conforme a las estipulaciones contractuales, la Corporación podía ejercer la vigilancia y control del contrato, directamente a través de la supervisión que ejerció la misma Corporación y en otros períodos contrató temporalmente la Interventoría de acuerdo a la cláusula 28 y 36 del mismo.

Por lo que esta Oficina Asesora Jurídica, no observa un incumplimiento de la Corporación, más bien existe por parte de interventor una actuación en contravía del principio general del derecho según el cual, *"nadie puede alegar la propia culpa en su beneficio"* -nema auditur propiam turpitudinem-.

Por estas razones no próspera el argumento de excepción de contrato no cumplido, señalado por el liquidador.

5.1.2.1.2. INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONCESIONARIO POR AUSENCIA DE NECESIDAD ANTE LA FALTA DE CONTRATACIÓN DE LA INTERVENTORÍA.

Frente a este argumento señaló que, la obligación de fondeo está estipulada en la cláusula 27 y 36 del Contrato de Concesión.

Finalmente, concluye que no existió un incumplimiento de la obligación contractual de suministrar a la fiducia *"los recursos necesarios para la contratación de la Interventoría que debe hacer seguimiento y/o supervisión a las obligaciones contractuales"*. Pues en criterio del liquidador de la Sociedad, no era exigible el cobro de una obligación sin causa de USD 373.000, sino que la misma debe sujetarse al supuesto de hecho que activa la exigibilidad, lo cual es la necesidad de recursos. Por ello señaló que, el incumplimiento endilgado por CORMAGDALENA es inexistente y, desde la citación a audiencia, se cometió un yerro por la Corporación al formular los cargos, sumando a que, en sentir del liquidador, al realizar el pago por la suma indicada, se estaría contrariando lo dispuesto contractualmente y haciendo un pago sin justa causa o de lo no debido.

De acuerdo a lo planteado por el liquidador, revisaremos el origen de esta obligación de fondear la fiducia para contratar la intervención, como quiera que obedece a preceptos señalados primigeniamente a través del CONPES 3744 de 2013 “*Política Portuaria para un País más Moderno*”, dentro de sus objetivos planteados se encuentra:

“3. Establecer una nueva metodología de cálculo de la contraprestación aplicable a los beneficiarios de permisos portuarios, buscando un equilibrio entre lo público y lo privado en condiciones atractivas al capital.”

Al igual que establece respecto al modelo financiero que,

“ El solicitante de una concesión portuaria deberá estructurar y presentar mediante la solicitud a las entidades concedentes un modelo financiero con un Flujo de Caja Libre FCL en dólares (USD) constantes de conformidad con las características del proyecto e incorporando las contraprestaciones como gastos. ”

Asimismo, el artículo 6 de la Resolución No. 5394 de 2013 “*Por medio de la cual se establecen parámetros de la metodología para el cálculo del valor de la contraprestación de que trata el Plan de Expansión Portuaria: Política Portuaria para un País Moderno, contenido en el documento Conpes*”, señala:

“Criterios del Flujo de Caja Libre y esquema de pago del factor de ajuste opcional en función de la recuperación de inversión at.

El Flujo de Caja Libre- FCL del proyecto corresponde a las actividades que se llevarán a cabo en terrenos de la Nación y por lo tanto, deberá incluir todas las inversiones en infraestructura portuaria que reviertan a la Nación al término del contrato, entre otros: los ingresos, los costos y gastos de la construcción, operación y administración del terminal portuario que se generan en esta área. (...)"

Así mismo la cláusula 17 del contrato referido señala:

Cláusula 17:

CLAUSULA 17 CONTRAPRESTACIÓN

El valor presente neto estimado de la contraprestación total por el uso en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público concesionados y para un periodo de VEINTE (20) años, corresponde a la suma de UN MILLON NOVECIENTOS OCHO MIL NOVENTA Y OCHO DOLARES CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS DE DOLAR(US\$ 1.908.098,97). Este valor es el resultado de la aplicación de la metodología de cálculo de la contraprestación establecida en el documento CONPES 3744 de 2013, cuyos componentes y resultados se resumen a continuación:

VPN de la contraprestación (US\$)	\$ 1,908,098.97
VPN de las inversiones ZUP (US\$)	\$ 5,867,932.60
VPN de las inversiones Zona Adyacente (US\$)	\$ 10,243,536.71
Área terrestre para contraprestación (m2)	21,315
Área acuática para contraprestación (m2)	6,679
Valor de referencia (COPS)	829,059
Tasa máxima predial	1.6%

	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
VRI en pesos por metro cuadrado	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059
Componente fijo (US\$ constantes 2013)	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72
Alpha aplicable	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000
Contraprestación anual total	151,338	161,688	180,105	190,456	211,461	228,584	244,414	268,311	278,814	291,041
Valor de intervención en dólares constantes 2013	146,323	146,323	23,866	120,600	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866
	11	12	13	14	15	16	17	18	19	20
VRI en pesos por metro cuadrado	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059	829,059
Componente fijo (US\$ constantes 2013)	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72	151,337.72
Alpha aplicable	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000	1.000000
Contraprestación anual total	292,438	293,849	295,274	296,714	298,167	299,636	301,119	302,616	304,129	305,657
Valor de intervención en dólares constantes 2013	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866	23,866

(...)

CUOTA 2 A CUOTA 20: Corresponde al valor anual de la contraprestación proyectada para el año 1 al año 20, indicada en el cuadro anterior, la cual tendrá como fecha límite de pago el ultimo día del mes de febrero del año al que corresponda cada cuota. Antes de finalizar los meses de febrero de cada año, ELCONCESIONARIO deberá corregir su liquidación de la cuota anterior, según el movimiento de carga real y la indexación del valor de referencia por metro cuadrado, del avalúo de la infraestructura concesionada y de los cargos, así como realizar el pago anticipado del año en curso con base en lo proyectado en el flujo de caja libre definitivo. Para tal efecto, el CONCESIONARIO deberá: (...)"

En este orden de ideas el pago del fondeo de la fiducia para contratar **la intervención se considera un gasto que va asociado tanto al plan de inversiones como a la operación y administración**, conforme a la metodología anteriormente planteada, no tener en cuenta dicha situación o pago redundaría en el desequilibrio de la metodología de cálculo de la contraprestación establecido para este contrato de concesión, el cual fue el dispuesto en el modelo financiero señalado en el CONPES 3744 de 2013 y la Resolución No. 5394 de 2013, y como consecuencia el valor de la contraprestación a pagar hubiese sido superior al que se pagó.

De acuerdo a lo anterior, no es procedente atender el argumento del liquidador, en el sentido que, no es exigible la obligación del fondeo de la fiducia, por no haberse contratado la intervención en algunos períodos, como quiera que el valor y pago de estos recursos obedecen a un modelo financiero que redunda también en el valor de la contraprestación, como se estableció en el CONPES, Resolución referida y en el mismo contrato que textualmente señala en su cláusula 17 “*Este valor es el resultado de la aplicación de la metodología de cálculo de la contraprestación establecida en el documento CONPES 3744 de 2013*”.

De igual forma como se estableció y desarrolló en el acápite inmediatamente anterior, Cormagdalena cumplió su obligación, a través de la supervisión que ella misma ejerció, el beneficiario de los excedentes de la fiducia y a quien debe transferirse es CORMAGDALENA, todo lo anterior conforme al contrato de concesión.

Aunado a lo anterior, para este despacho, es importante resaltar que los recursos frente al incumplimiento de no fondeo de la fiducia, son públicos, como quiera que la beneficiaria de dichos excedentes y como ya se explicó hacen parte de la metodología de la contraprestación portuaria, es Cormagdalena, lo cual es evidente que se tratan de recursos públicos los cuales gozan de una protección especialísima, la prevalencia del interés general sobre el particular.

Con lo anterior se quiere destacar que, el principio de prevalencia del interés general sobre el particular es un elemento esencial y definitorio de un Estado Social y Democrático de Derecho y, por tanto, lo es también de la Constitución Política⁴⁵ que lo reconoce y organiza.

Este principio se predica tanto a los particulares como a los servidores públicos, por lo tanto, al tratarse de recursos públicos conforme lo evidenciamos con anterioridad, está encaminado al bien común y no al beneficio particular y debe protegerse a través de su recaudo y pago.

Finalmente, el despacho no observa ningún causal que exima al Concesionario de la responsabilidad de cumplir con la obligación del fondeo de la fiducia, por esta circunstancia, se deniegan los argumentos planteados.

Por estas razones no próspera el argumento presentado por el liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S.

5.1.2.2. OBLIGACIÓN DE ACTUALIZAR LAS PÓLIZAS DE GARANTÍA.

5.1.2.2.1. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR AUSENCIA DE RIESGO ASEGURABLE.

El liquidador, desarrolló en su escrito este tópico en dos argumentos, así:

1. No se reúne los elementos de riesgo asegurable, por lo cual, hace imposible la expedición de la póliza de seguro, trayendo a colación normatividad del Código de Comercio⁴⁶ respecto de los elementos esencial del contrato de seguro y definiciones de riesgo asegurable del Código de Comercio⁴⁷ y de la Corte Constitucional⁴⁸, como

⁴⁵ "ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general."

⁴⁶ "Artículo 1045. Son elementos esenciales del contrato de seguro:

1. El interés asegurable;
2. El riesgo asegurable;
3. La prima o precio del seguro, y
4. La obligación condicional del asegurador.

En defecto de cualquiera de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

(Resaltado y subrayado fuera de texto original)

⁴⁷ "Artículo 1054. Denomíñase riesgo el suceso incierto que no depende exclusivamente de la voluntad del tomador, del asegurado o del beneficiario, y cuya realización da origen a la obligación del asegurador. Los hechos ciertos, salvo la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos y son, por lo tanto, extraños al contrato de seguro. Tampoco constituye riesgo la incertidumbre subjetiva respecto de determinado hecho que haya tenido o no cumplimiento."

⁴⁸ "El riesgo asegurable es aquel siniestro posible o probable que se pretende cubrir con el pago de la póliza."

quiera que en sentir del liquidador al estar ante un contrato imposible de cumplir, por circunstancias ajenas al contratista, tal riesgo no puede ser producido, solo existirá en la medida de que se trate de contratos cuyas prestaciones implícitas en las obligaciones puedan ejecutarse.

2. De acuerdo con la manifestación del liquidador, nos encontramos frente a un contrato ineficaz, como quiera que, no podía realizarse la contratación de la póliza de seguro al no poder configurarse sus elementos esenciales, pues de hacerse, el mismo sería ineficaz de pleno derecho, razón por la cual, además las aseguradoras se negaron a expedir la póliza.

Frente al primer argumento y como ya se detalló en el acápite número 5.1.1.1. *“INEJECUTABILIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN E INEXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.”* de la presente Resolución, el riesgo de la operación en contratos de concesión portuaria en sus diferentes etapas se asigna al inversionista privado, bajo el principio que éste tiene mayor control sobre la misma, el cual pudo gestionar en otras, a través de las modificaciones que por responsabilidad del Concesionario no finiquitó, por lo cual este despacho considera que no se configuró *“un contrato imposible de cumplir, por circunstancias ajenas al contratista”*, como lo señaló el liquidador y por lo tanto estamos frente a un riesgo asegurable.

Frente al segundo argumento, por sustracción de materia en nuestro sentir, se cumplen todos los requisitos esenciales del contrato de seguro, por lo cual no estamos frente a un contrato ineficaz por lo cual este argumento no tiene vocación de prosperar.

Aunado a lo anterior, en el caso concreto por la no renovación de las garantías legales, se considera que la eventual imposición de una multa no desnaturalizaría la finalidad de la actuación, toda vez que *“su imposición unilateral por las entidades estatales se asocia normalmente a las necesidades de dirección del contrato estatal y de aseguramiento de los intereses públicos por parte de la Administración”*. Lo contrario implicaría que un contratista del estado, que funge como un colaborador de la Administración para la prestación de un servicio público, puede sustraerse de sus obligaciones, trasladando riesgos que debían estar garantizados legalmente para proteger al patrimonio público frente a cualquier siniestro que se presentare con ocasión de la ejecución de la concesión.

Empero, vamos a revisar el desarrollo que le ha dado la jurisprudencia al contrato de seguro a favor de entidades estatales. Se ha denominado “garantía única” o “póliza “única de cumplimiento”, como aquella consistente en una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia a favor de una Entidad Pública.

Como seguro de cumplimiento está orientado a proteger un interés asegurable, el interés del asegurado⁴⁹. Como seguro de cumplimiento de contratos estatales, el Consejo de Estado lo ha catalogado como un contrato estatal, así lo expresó en providencia el alto tribunal:

“(...) Se confirmará la decisión impugnada, toda vez que esta Sección del Consejo de Estado reafirmó la tesis jurisprudencial según la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer de los procesos ejecutivos, cuya fuente radica en los contratos de seguros celebrados por el contratista y la compañía aseguradora, para garantizar el contrato estatal; es así como en auto de 30 de enero

⁴⁹ Ordoñez Ordoñez, Andrés E. El Seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

de 2008, reiterado en providencia calendada en abril 9 del mismo año –a manera de síntesis- se concluyó que:

(...) 2.4. *Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de proceso ejecutivos derivados de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales.*

En cuanto ha quedado establecidos que los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales también pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, se impone concluir entonces que la competencia para conocer tanto de las controversias que se deriven de los mismos como de los procesos de ejecución que en ellos se originen, se encuentra

legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. (...)” (Subrayado fuera de texto).⁵⁰

Respecto de las normas aplicables en los contratos de seguros de cumplimiento de Entidades estatales, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado, sostuvo:

*“(...) Para abordar el análisis de los actos administrativos mediante los cuales se decreta un siniestro contractual o se hace efectivo uno o varios de los amparos otorgados por la garantía única de cumplimiento de los contratos estatales, se debe tener en cuenta que el Régimen de la Contratación Estatal y el Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo constituyen normas prevalentes en su aplicación, en virtud de la especialidad de la referida garantía de cumplimiento de la contratación, de acuerdo con el artículo 13 de la Ley 80, razón por la cual se advierte que la disposiciones del Código de Comercio no aplican en su integridad. (...)”*⁵¹ (Subrayado fuera de texto).

En tal sentido las normas del Estatuto de Contratación y el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, prevalecen sobre las normas del Código de Comercio, que conserva carácter supletivo dentro de la presente escala normativa.

De acuerdo al Consejo de Estado, el contrato de seguro de cumplimiento de Entidades estatales es especial, en el sentido que es diferente de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio.⁵²

De acuerdo a ello, tenemos que se invierte el procedimiento señalado en el Código de Comercio para realizar la reclamación ante la aseguradora, como lo manifestó el alto tribunal, así:

“En realidad, lo que acontece con las garantías constituidas en favor de las entidades estatales es que se invierte el procedimiento de reclamación contemplado en el Código de Comercio, pues al paso que en éste el beneficiario y/o el asegurado

⁵⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 250002326000199704694-01 (22.339). Sentencia de 6 de Agosto de 2009. M.P. Mauricio Fajardo.

⁵¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 25000-23-24-000-2010-00239-01. Sentencia del 1º de Febrero de 2018. M.P. María Elizabeth García González.

⁵² Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 05001233100020000172001 (24609). Sentencia del 19 de Febrero de 2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez

debe acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño -con su monto-, cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza es a la compañía de seguros a quien le corresponde acudir ante el Estado –debido al proceso- a defender su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, que ya no depende del reconocimiento voluntario que haga la compañía, sino que pasa a manos de la administración decidir si se presentó o no hecho cubierto con la garantía. Esta posibilidad se reforzó con la expedición de la ley 1.150 de 2007, que reiteró esta potestad en manos de la administración [inciso cuarto del art. 7]. Nótese que incluso en vigencia de esta norma la potestad para declarar el siniestro no se limita a las garantías bancarias o a las constituidas con las compañías de seguros, sino a cualquier otra que el decreto reglamentario autorice, lo cual efectivamente materializó el decreto reglamentario 4828 de 2008, que incorporó garantías nuevas, con la posibilidad indicada aquí.”⁵³ (Negrita y subrayado fuera de texto)

De la jurisprudencia citada, se resalta la inversión en el procedimiento, pues en tratándose de póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, es la Compañía Aseguradora quien debe probar la no ocurrencia del siniestro.

Resulta claro para este Despacho que, conforme al acervo probatorio, sí existe obligación legal y contractual de la Sociedad Novo Porto de fondear la fiducia y de actualizar la póliza para, luego probar la no ocurrencia del siniestro es una carga procesal asumida por el Concesionario y su Garante, por lo cual no puede quedar desamparado el contrato referido. Por las razones anteriormente expuestas, no prosperan los argumentos presentados por el liquidador de la Sociedad Novo Porto S.A.S.

5.1.3. FUNDAMENTOS LEGALES RESPECTO DE LOS TEMAS QUE NO HICIERON PARTE DEL PROCESO (SIC) SANCIONATORIO.

5.1.3.1. ASEVERACIONES RELACIONADAS CON UNA SUPUESTA MALA FE.

En este argumento el liquidador señaló que, la Corporación presume la mala fe, como quiera que la Sociedad procedió a la disolución y liquidación de esta, amparada en la ley, con base en la causal segunda del artículo 218 del Código de Comercio⁵⁴, toda vez que hay una imposibilidad de desarrollar la empresa social prevista en su objeto social, lo cual es conocido por la Entidad.

Al igual señaló que realizó todas las gestiones necesarias para superar las imposibilidades presentadas, que no fue sorpresiva ni asaltó la buena fe, la disolución y liquidación de la Sociedad, como quiera que se inscribió en el Registro Mercantil, el cual es un instrumento de publicidad.

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 210. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) MP. Enrique Gil Botero.

⁵⁴ “Artículo 218. La sociedad comercial se disolverá:

(...)

2) Por la imposibilidad de desarrollar la empresa social, por la terminación de la misma o por la extinción de la cosa o cosas cuya explotación constituye su objeto;

(...”).

Del mismo modo, señaló una serie de actuaciones y argumentos amparados dentro de la máxima buena fe, y enlistó una serie de actuaciones que en su criterio Cormagdalena extralimitó.

Finalmente, el liquidador aseveró que, afirmar que una conducta corresponde a un acto defraudatorio y de mala fe, sin ser un funcionario competente, violando el Devido Proceso y sin los soportes necesarios, corresponde a una conducta constitucional y una extralimitación de funciones que compromete la responsabilidad de los funcionarios públicos.

De acuerdo con lo señalado con anterioridad, la Entidad no presume la mala fe, pero encontró conforme a lo referido en la Resolución No. 00301 del 5 de octubre de 2021, varias conductas que sorprendió a la Administración, toda vez que, dentro del procedimiento administrativo sancionatorio se presentaron solicitudes de aplazamiento o de suspensión de audiencia por parte del Concesionario, con el fin de realizar mesas de trabajo con la Subdirección de Gestión Comercial a la cual dicha Subdirección atendió de manera proactiva y con la idea de superar las diferencias técnicas, pero paralelamente la Sociedad Novo Porto transformó su tipo societario el 10 de diciembre de 2020 y posteriormente inició su trámite de disolución y liquidación, lo cual pasamos a ilustrar así:

Fecha	Actuación	Observación
10 de diciembre de 2020	Acta número 8, otorgado(a) en Asamblea de Accionistas en Barranquilla, inscrito(a) en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 17/03/2021 bajo el número 397.806 del libro IX, la sociedad se transformó en por acciones simplificada bajo la denominación de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S.	
31 de diciembre de 2020	Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. balance general a 31 de diciembre de 2020	Frente a pasivos del año 2020, los reportaron en \$0.
25 de febrero de 2021	Sesión audiencia procedimiento administrativo sancionatorio se tenía programada la presentación de los alegatos finales, sin embargo, la apoderada del Contratista solicitó la suspensión de la audiencia, con el fin de iniciar mesas de trabajo con la Subdirección de Gestión Comercial, frente a lo cual la Subdirección manifestó que se darían inicio a partir del 26 de febrero con la nueva interventoría buscando la regularización del contrato de concesión.	La OAJ accedió a la solicitud de suspensión de la audiencia fijando nueva fecha y hora para continuación del procedimiento administrativo sancionatorio.
23 de marzo de 2021	Acta número 01/03/2021 del 23/03/2021, otorgado(a) en Asamblea de Accionistas en Barranquilla, inscrito(a) en la Cámara de Comercio de Barranquilla el 25/03/2021 bajo el número 398.260 del libro respectivo, consta la liquidación de la sociedad.	
25 de marzo de 2021	La matrícula mercantil fue cancelada en la Cámara de Comercio de Barranquilla.	
8 de abril de 2021.	Los apoderados del Concesionario Doctores José Vicente Guzmán y Angélica Herrera Velásquez, abogado principal y sustituto respectivamente, presentaron su RENUNCIA al poder acompañada con la prueba de comunicación a su poderdante en los términos del artículo 76 del Código General del Proceso.	Mediante la cual informaron la transformación, disolución y liquidación de Novo Porto y "Nuestra firma, y sus abogados, sólo fuimos informados de los hechos que motivan esta renuncia a los poderes hasta el día de hoy, 8 de abril de 2021. En consecuencia, Guzmán Escobar & Asociados (GEA), ni ninguno de sus abogados,

	<i>intervino ni participó en las decisiones de transformar, disolver ni liquidar a la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A.”</i>
--	---

Como se evidenció en la Resolución No. 00301 del 5 de octubre de 2021, y que se reitera en el presente acto administrativo, de las anteriores actuaciones y documentos se puede observar que desde el mes de febrero de 2021, fecha en la que el Concesionario a través de sus apoderados solicitó aplazamiento de la audiencia para llevar a cabo las mesas de trabajo con la Subdirección de Gestión Comercial junto a la interventoría, el Concesionario se había reunido en asamblea de accionistas el día **10 de diciembre de 2020** para realizar la transformación societaria de **S.A. a S.A.S.** lo cual quedó plasmado en el acta No. 8 de la misma fecha, actuación registrada en la Cámara de Comercio de Barranquilla el día **17 de marzo de 2021**; posteriormente el día **23 de marzo de 2021** se registró la liquidación de la Sociedad y el día **25 de marzo de 2021** se canceló la matrícula mercantil.

Todo lo anterior fue puesto en conocimiento en el mes de abril de 2021 a la Entidad, de manera sorpresiva, y tal como consta en la presente actuación, asaltando a la Corporación en su buena fe, teniendo en cuenta que las manifestaciones realizadas en audiencia relacionadas con la solicitud de suspensión iban encaminadas a la celebración de mesas de trabajo y no a la transformación societaria y posterior disolución y liquidación de la sociedad, como finalmente sucedió, con ello se prueba que la Corporación siempre presumió la buena fe del Concesionario, lo cual se traduce en la aceptación de mesas de trabajo y suspensión de audiencia para que se realizaran las mismas.

Aunado a lo anterior, la Entidad advierte que dentro de las manifestaciones realizadas por el gerente de la Sociedad liquidada, particularmente el oficio del 21 de mayo de 2021, señaló que no se realizó ningún aviso de prensa toda vez que la Sociedad no tenía pasivos externos, y amparado en el artículo 25 Ley 1429 de 2010 lo habilitaba para realizar la liquidación de manera inmediata, **lo cual ratificó en su balance general a 31 de diciembre de 2020, donde se evidencia pasivos a proveedores y nacionales en \$0**, lo cual no se compadece con la realidad, como quiera que dentro de este mismo expediente sancionatorio quedó probado que tanto a 31 de diciembre de 2020 como a 23 de marzo de 2021 (fecha en que se inscribió la liquidación) existía por lo menos un pasivo a favor de Cormagdalena por concepto de no fondeo de los recursos de la fiducia constituida, y a esa fecha se había hecho exigible la contraprestación de la anualidad del año 2021.

Al igual que no se evidencia la constitución del pasivo contingente por concepto de la asunción de compromiso de pago futuro sujeto a unos requisitos, como lo es la posible multa derivada del presente procedimiento administrativo sancionatorio, actuación administrativa que fue conocida por el representante legal de la Sociedad, socios y liquidadores desde el mes de octubre del año 2020.

Así las cosas, obra dentro del expediente acta de asamblea de fecha 23 de marzo de 2021, respecto a la elección del agente liquidar en los siguientes términos:

“9. Elección del liquidador principal y suplente de la sociedad.

La asamblea de accionistas aprobó por unanimidad, es decir, con el voto unánime de las 10.000 acciones que conforman el capital suscrito de la empresa, que tal como establece el artículo 230 del Código de Comercio no es necesario nombrar liquidador de la sociedad, sino que los actuales gerentes actúen en tal calidad”

Conforme a lo anterior, dentro del certificado de Cámara de Comercio, se observa que los últimos gerentes de la referida Sociedad son:

“Que por Acta número 1 del 06/02/2015, correspondiente a la Junta Directiva en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 26/03/2015 bajo el número 281.270 del libro IX.

<i>Cargo/Nombre</i>	<i>Identificación</i>
<i>Gerente</i>	
De la Rosa Romero Melina Julieth	CC 55312793

Que por Acta número2 del 19/05/2015, correspondiente a la Junta Directiva en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 29/05/2015 bajo el número 283.693 del libro IX.

<i>Cargo/Nombre</i>	<i>Identificación</i>
<i>Suplente del Gerente</i>	
Jaramillo Gutierrez Cesar Eugenio	CC 10257318”

Respecto a los anteriores hechos y actuaciones, se reitera que la **buena fe** como un principio general de derecho, y como tal, aplicable en el derecho administrativo, especialmente en las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los particulares, presupone que es anterior y está por encima de la legislación positiva y que, en razón a ello, permea todo el sistema jurídico, por lo cual es exigible para el presente caso, particularmente en la actuación del Concesionario en actuación administrativa sancionatoria.

El principio de la buena fe abarca un componente ético de actuar recto, honesto y leal en cada una de las actuaciones ejecutadas por un individuo o por una autoridad y por tanto se erige como un principio superior de cualquier ordenamiento jurídico, que ha permanecido y continuará permeando cada uno de los actos, en especial, los acuerdos de voluntades, ya que es a través de estos negocios que el ser humano satisface sus necesidades.

Es por esta razón que dicho principio, sea elevado a rango constitucional en nuestro ordenamiento jurídico, y se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política, a saber:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

Así mismo, el Código Civil Colombiano, estableció en el artículo 1603, que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella.” (negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido, el Código de Comercio Colombiano, consagró en el artículo 863, a saber:

“BUENA FE EN EL PERIODO PRECONTRACTUAL”. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen.”

Y el artículo 871 del mismo Código, señala:

“PRINCIPIO DE BUENA FE”. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.”

Asimismo, otra serie de regulaciones legales han dispuesto el respeto por este principio de buena fe, dentro de las cuales se destacan:

Artículo 23 de la Ley 222 de 1995, consagra:

“DEBERES DE LOS ADMINISTRADORES. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. (...)”

Artículo 7 de la Ley 256 de 1996, así:

“ARTÍCULO 7o. PROHIBICIÓN GENERAL. Quedan prohibidos los actos de competencia desleal. Los participantes en el mercado deben respetar en todas sus actuaciones el principio de la buena fe comercial.

En concordancia con lo establecido por el numeral 2o. del artículo 10 bis del Convenio de París, aprobado mediante Ley 178 de 1994, se considera que constituye competencia desleal, todo acto o hecho que se realice en el mercado con fines concurrenceales, cuando resulte contrario a las sanas costumbres mercantiles, al principio de la buena fe comercial, a los usos honestos en materia industrial o comercial, o bien cuando esté encaminado a afectar o afecte la libertad de decisión del comprador o consumidor, o el funcionamiento concurrencial del mercado.”

En el plano de la contratación estatal se exige a los contratistas del Estado, lo cual encontramos reglado en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, de la siguiente manera:

“DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

(...)

2o. 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 imparten y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.” (Negrilla fuera de texto)

En igual sentido, este principio ha sido desarrollado por el Consejo de Estado, a saber:

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo

de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, **que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato**, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes".⁵⁵

De igual forma en jurisprudencia más reciente, el Consejo de Estado ha señalado:

*"Bajo este contexto, es claro que el principio de la buena fe en la relación contractual reviste especial importancia, de una parte como norma de conducta en los distintos momentos del contrato y de otra principalmente, en la preservación de la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, como manifestación de equidad, dado que en ellos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla "do ut des", (te doy para que me des), es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas."*⁵⁶

Como se expone, la buena fe, fue ubicado inicialmente en el derecho privado, no obstante, y desde su consagración constitucional, es un principio vertical a todas las relaciones de derecho, que admite, sin dudarlo, las que se erigen desde el ejercicio de la función pública.

Entonces, el principio de la buena fe, compele a la administración dentro de la teoría de los contratos estatales, a cumplirlos **con lealtad y confianza, y a exigir del contratante comportamiento en el mismo sentido**.

Al exigirse entonces como modelo social en cada una de las actuaciones la buena fe, y en específico en materia contractual, se fija un balance universal entre las partes de respeto y reconocimiento por los intereses legítimos de la otra parte.

Los negocios jurídicos se celebran con el fin de cumplir las intenciones de los contratantes, se exige que, dentro de la vida de los negocios, prime la honestidad y la confianza dentro de todas las etapas del negocio jurídico.

Como corolario de lo anterior tenemos, que a los Contratistas del Estado se les exige obrar de buena fe, lealtad, honestidad y sin dilaciones en sus relaciones contractuales con la Administración, como expresión de protección del interés general y como colaborador de la administración para el cumplimiento de los fines y cometidos estatales.

De los hechos narrados en este acápite y de las normas, pronunciamientos jurisprudenciales y conceptos, se concluye que la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria a través de sus socios, representantes legales y liquidadores no obró de acuerdo a los postulados de la buena fe, desarrollados en la parte considerativa del presente acto, sino

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 1996. M.P. Jesús María Carrillo.

⁵⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

por el contrario sorprendió a la administración con una serie de actuaciones desconociendo las realidades de la actuación administrativa sancionatoria y la relación contractual suscitada a través del Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014 suscrito con CORMAGDALENA.

Prueba de lo anterior, además de las actuaciones y hechos relacionados, son las mismas expresiones de sus apoderados en el memorial de renuncia al poder, que nos permitimos transcribir, así:

“(...)El motivo que origina la renuncia a los mencionados poderes responde al hecho de que en el día de hoy, 8 de Abril de 2021, fuimos informados de que la matrícula mercantil de la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A. fue cancelada el pasado 25 de marzo de 2021. También fuimos informados por la sociedad portuaria que hemos representado hasta el día de hoy que la asamblea general de accionistas de esta sociedad, en el curso de una reunión ordinaria, había aprobado su disolución y la cuenta final de la liquidación de esta sociedad, y que la misma fue registrada en esa misma fecha ante la Cámara de Comercio de Barranquilla. Así mismo, fuimos informados de que, con anterioridad, el máximo órgano social también había aprobado la transformación de la compañía de Sociedad Anónima (S.A.) a Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), decisión que también fue inscrita en el registro mercantil el pasado 17 de marzo de 2021.

Es preciso advertir que Guzmán Escobar & Asociados (GEA) no participó en ninguno de los actos antes descritos, ni directamente ni por conducto de ninguno de sus abogados, y que dichos actos se originaron en decisiones voluntarias y autónomas adoptadas por la asamblea general de accionistas de la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A. Estas decisiones no fueron consultadas previamente con Guzmán Escobar & Asociados (GEA), y además, no coinciden, ni pueden conciliarse, con las opiniones y las recomendaciones legales que nuestra firma había entregado a la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A. Nuestra firma, y sus abogados, sólo fuimos informados de los hechos que motivan esta renuncia a los poderes hasta el día de hoy, 8 de abril de 2021. En consecuencia, Guzmán Escobar & Asociados (GEA), ni ninguno de sus abogados, intervino ni participó en las decisiones de transformar, disolver ni liquidar a la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A.-(...)

Nótese como los profesionales del derecho, motivan su renuncia por los hechos ampliamente decantados en este acápite, y advierten que ellos no asesoraron, ni participaron, ni acompañaron, en el proceso de transformación, social, ni disolución ni liquidación, lo cual no puede pasar inadvertido por este despacho, porque son los mismos abogados de la Sociedad quienes señalan que dichas actuaciones fueron sorpresivas para ellos mismos “y además, no coinciden, ni pueden conciliarse, con las opiniones y las recomendaciones legales” de dicha firma.

Por lo cual queda probado que desde que inició la transformación societaria de S.A. a S.A.S., esto fue desde el 10 de diciembre de 2020, la Sociedad Novo Porto, no honró la intención de las partes de ejecutar los contratos, como quiera que para funcionar como Sociedad Portuaria debía ser una Sociedad Anónima y no una Sociedad por Acciones Simplificadas, conforme lo estipula en el numeral 20 del artículo 5 de la Ley 1° de 1991, así:

“Definiciones. Para la correcta interpretación y aplicación de esta Ley se tendrán en cuenta las siguientes definiciones:

(...)

5.20. Sociedad portuaria. Reglamentado por el Decreto 4681 de 2008. son sociedades anónimas, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. Las sociedades portuarias podrán también prestar servicios de carga y descarga, de almacenamiento en puertos, y otros servicios directamente relacionados con la actividad portuaria.(...)"

Lo anterior, fue desarrollado en concepto de la Departamento Administrativo de la Función Pública, así:

"De acuerdo a los artículos anteriormente transcritos, las sociedades portuarias son sociedades anónimas con autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica, constituidas con capital privado, público, o mixto, cuyo objeto social será la inversión en construcción y mantenimiento de puertos, y su administración. En los términos de la Ley 1 de 1992 las entidades públicas pueden aportar capital y constituir garantías a las sociedades portuarias. En cuanto a su clasificación, las Sociedades oficiales son aquellas cuyo capital pertenece en más del 50% a entidades públicas; por su parte, las Sociedades portuarias particulares son aquellas cuyo capital pertenece en más del 50% a personas privadas."⁵⁷ (negrilla fuera de texto)

Y las actuaciones posteriores como la disolución y liquidación de Novo Porto, solo afirmaron su intención de no continuar con la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria.

Así las cosas, con todo el acervo probatorio recabado y ante las conductas sorpresivas del Concesionario, que no honraron la lealtad, confianza en el marco de la ejecución de este Contrato, es precisamente que esta autoridad administrativa se encuentra en el **deber** de poner en conocimiento a las autoridades competentes para que inicien los procesos administrativos y judiciales, para que investiguen dichas conductas y adopten las decisiones correspondientes.

Lo anterior no obedece a decisiones caprichosas de esta autoridad administrativas, sino al régimen legal de los funcionarios públicos, que señala:

Ley 734 de 2002, la cual estaba vigente para el momento en que se expidió la Resolución No. 000301 del 5 de octubre de 2021, en su artículo 34:

"DEBERES. <Artículo derogado a partir del 29 de marzo de 2022, por el artículo 265 de la Ley 1952 de 2019> Son deberes de todo servidor público:

(...)

24. Denunciar los delitos, contravenciones y faltas disciplinarias de los cuales tuviere conocimiento, salvo las excepciones de ley."

De conformidad con lo anterior, este despacho está actuando en cumplimiento de un deber legal y no por extralimitación en sus funciones, como lo señaló el liquidador de la Sociedad Novo Porto en este argumento.

⁵⁷ Concepto 361881 de 2020 Departamento Administrativo de la Función Pública.

Por todo lo anteriormente expuesto, no tiene vocación de prosperar los argumentos del liquidador para este acápite.

5.1.3.2. ASEVERACIONES SOBRE RESPONSABILIDAD DE LOS LIQUIDADORES Y DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA.

El último argumento del recurso presentado, va encaminado a que el reproche realizado por Cormagdalena, respecto a que los liquidadores y socios del Concesionario son responsables por no haber realizado un aviso de prensa y no haber constituido la reserva por un pasivo contingente debe decirse que eso no tiene ninguna relación con el objeto del procedimiento administrativo sancionatorio, y que el mismo hace parte del proceso liquidatario, para el cual existen las reglas pertinentes.

Sin embargo, efectúa las siguientes apreciaciones respecto del análisis realizado por la Corporación, en el sentido que Cormagdalena no es la Entidad competente para declarar la responsabilidad de un liquidador o que el mismo actuó de manera defraudatoria, respecto de los administradores no se presume su responsabilidad, la misma requiere de una declaración judicial.

Frente a estos argumentos, le asiste razón al liquidador de la Sociedad Novo Porto en el sentido que, este despacho no es el competente para definir la responsabilidad de los socios y liquidadores de los mismos, y es precisamente por esta razón que en la decisión objeto de recurso, se puso de presente todas las actuaciones y normas en que presuntamente incurrieron los socios, administradores o liquidadores, para poder sustentar la compulsa de copias y remisiones tanto autoridades judiciales y administrativas, con el fin de iniciar las investigaciones y procesos de responsabilidad, y se adopten las decisiones que en el marco de su competencia deban adoptar.

Es precisamente, en virtud del principio de transparencia de las actuaciones administrativas, lealtad y confianza, que se sustentan las decisiones de compulsar copias, con lo cual se demuestra que estas medidas se tomaron en el marco de facultades legales para la protección y salvaguarda del patrimonio público.

Finalmente, es menester señalar que estos argumentos no fueron la razón de la decisión para declarar el incumplimiento e imposición de la multa del presente procedimiento administrativo sancionatorio, sino que fueron la sustentación para compulsar copias a las autoridades judiciales y administrativas con el fin que se investiguen las conductas presuntamente defraudatorias o de responsabilidad en las que hayan podido ocurrir los socios, administradores o liquidadores.

5.2. COMPAÑÍA ASEGURADORA SEGUROS SURAMERICANA S.A.

5.2.1. No fondeo de los recursos de la fiducia constituida para la contratación de la interventoría.

El apoderado de la Compañía Garante, manifestó que nos encontrábamos frente al fenómeno de la causa extraña del contrato que es una exclusión del contrato de seguro⁵⁸, y se configura por las manifestaciones de la interventoría:

⁵⁸ Condiciones Generales de la Póliza, 2. EXCLUSIONES:

- La imposibilidad de ejecutar el Contrato y
- La configuración de la causal de terminación del Contrato por disolución y liquidación voluntaria del Concesionario.

Adicionalmente señaló que, de conformidad con la Resolución recurrida, nos encontraríamos ante actos inasegurables, conforme a lo previsto en el artículo 1055 del Código de Comercio⁵⁹.

Al igual que manifestó, que se trata de hechos sobrevinientes, y sorpresivos, como se califican en la Resolución impugnada, los mismos, a pesar de ser reprochables, no hacen parte de la imputación, por lo que rompe el principio de congruencia, y el debido proceso, pretender extraer responsabilidad contractual sobre los mismos dentro de la presente actuación administrativa, por lo que estos, deberán ser puestos en conocimiento de las autoridades competentes para lo de su competencia, como en efecto se hace, pero no pueden ser valorados de cara a la declaratoria de incumplimiento, que se encuentra atada por el pliego de cargos notificado al inicio de la actuación administrativa.

Agregó que, con la pretensión de imponer una sanción y hacerla efectiva, se extiende la vida más allá de la muerte (extinción de la persona jurídica), acudiendo a lineamientos jurisprudenciales y doctrina de la Superintendencia de Sociedades desarrollados para eventos diferentes a los que aquí nos convoca, pues, resultan abiertamente improcedentes con la finalidad de aplicar el ius puniendi del estado, y están dados, frente al fraude a acreedores y terceros, sobre obligaciones ciertas, de la que carecía para el momento de la disolución y liquidación la sanción a imponer, futura e incierta.

Aunado a lo anterior, señaló que, de acuerdo con la figura de la sucesión procesal desarrollada en la Resolución recurrida, los señores De la Rosa Romero Melina Julieth y Jaramillo Gutiérrez Cesar Eugenio liquidadores de Novo Porto, no hacen parte del contrato de seguro, y por lo cual no puede hacerse efectiva la póliza.

Frente a estos argumentos ya fueron despachados en los numerales “5.1.1.1. INEJECUTABILIDAD DEL CONTRATO DE CONCESIÓN E INEXIGIBILIDAD DE LAS OBLIGACIONES.”, “5.1.1.2. IMPROCEDENCIA DE LA IMPOSICIÓN DE MULTA ANTE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN.”, “5.1.1.3. LIQUIDACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SANCIONADA.” “5.1.1.5. INDEBIDA UTILIZACIÓN DE LA FIGURA DE LA SUCEPCIÓN PROCESAL PARA EXTENDER LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LA SOCIEDAD LIQUIDADA” y “5.1.2.2.1. IMPOSIBILIDAD DE CUMPLIMIENTO POR AUSENCIA DE RIESGO ASEGUARABLE.”, lo cual por sustracción de materia se reitera lo expuesto y fundamentado en dichos numerales.

“LOS AMPAROS PREVISTOS EN EL PRESENTE SEGURO NO OPERAN EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.1. CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES, LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.”

⁵⁹ ARTÍCULO 1055. <RIESGOS INASEGURABLES>. *El dolo, la culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario son inasegurables. Cualquier estipulación en contrario no producirá efecto alguno, tampoco lo producirá la que tenga por objeto amparar al asegurado contra las sanciones de carácter penal o policivo.*

Sin embargo, dentro de este título señaló dos argumentos adicionales y que no han sido desarrollados en otro capítulo a saber:

Manifestó que, estamos frente a una modificación no informada de una parte del contrato de seguro, por lo que debe darse aplicación al artículo 1060 del Código de Comercio⁶⁰ y que estamos frente una decisión de responsabilidad objetiva.

Frente al primer argumento esbozado, no tiene vocación de prosperar como quiera y se desarrolló in extenso, por la especialidad de la póliza única de cumplimiento a favor de contratos estatales, se aplicará privilegiadamente las normas de contratación estatal sobre las comerciales, teniendo en cuenta que es el patrimonio público lo que se está protegiendo y privilegiando, como lo ha señalado el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así:

“Puestas así las cosas, para la Sala es claro que a través del seguro de cumplimiento no sólo se ampara la satisfacción de las obligaciones contractuales (como lo entiende la parte demandante), sino también las obligaciones de orden legal tendientes a salvaguardar el patrimonio público⁶¹, entre otras, la obligación de asegurar la “seriedad de los ofrecimientos”, el pago de las “cauciones judiciales”, el

⁶⁰ ARTÍCULO 1060. <MANTENIMIENTO DEL ESTADO DEL RIESGO Y NOTIFICACIÓN DE CAMBIOS>. *El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso lo del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local.*

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

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

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

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

⁶¹ El seguro de cumplimiento que ampara las obligaciones emanadas de los contratos del Estado, por ser una especie del seguro de daños, de carácter patrimonial, está inspirado en el principio consagrado en el artículo 1088 del Código de Comercio, según el cual, respecto del asegurado, este tipo de seguro es un contrato de mera indemnización y no puede constituir fuente de enriquecimiento; en otras palabras, “... los seguros de daños tienen como última finalidad indemnizar al asegurado o al beneficiario cuando su patrimonio se ve afectado por la realización del riesgo asegurado y esto es, precisamente, lo que se conoce en materia de seguros como el principio de la indemnización” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de casación 063, del 24 de mayo de 2000, exp. 5.439).

“pago de impuestos”, el “pago de los salarios y prestaciones sociales de los trabajadores”⁶², así como la “responsabilidad civil frente a terceros”⁶³

(...)

Así las cosas, si una de las principales razones que a lo largo del tiempo ha justificado la existencia misma de la clasificación de los contratos estatales y su sometimiento a un régimen de naturaleza especial o mixta –derecho público y privado– radica en el hecho de que los contratos **del Estado conllevan la satisfacción del interés general y constituyen una herramienta eficiente e idónea para asegurar el cumplimiento de los cometidos estatales**, es claro, entonces, que al momento de definir el objeto y las características de los contratos de seguro que se celebran para garantizar el cumplimiento de los contratos estatales no puede pasar inadvertido el hecho de que aquellos otros –los de seguro– también participan del mismo fin, en la medida en que constituyen el medio para asegurar la satisfacción del interés general y el cumplimiento de los cometidos estatales; **por ello, la normativa que rige los contratos de seguro está conformada –en gran proporción– por normas de derecho público**⁶⁴, a diferencia de lo que ocurre con los contratos celebrados entre particulares, los cuales, en principio y sin perjuicio de la función social que le corresponde a la propiedad privada, encuentran como móvil fundamental la consecución de fines puramente individuales y, por ello, están sometidos en su totalidad a las normas del derecho privado.”⁶⁵

Aunado a lo anterior, de conformidad con las condiciones generales de la póliza, no se evidencia la configuración de una exclusión de responsabilidad, esto es:

⁶² Este amparo cubre a la entidad pública asegurada de los perjuicios que se le ocasionen como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones laborales a que esté obligado el contratista garantizado, derivadas de la contratación del personal requerido para la ejecución del contrato amparado; al respecto, el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo establece que el beneficiario del trabajo o el dueño de la obra es “... solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores (...”).

⁶³ La administración pública, como dueña de la obra, se encuentra llamada a responder por los perjuicios que se hayan producido con ocasión de la construcción o reparación de la misma frente a terceros, independientemente de las acciones que pueda tener el propietario frente al contratista; al respecto, el artículo 2350 del Código Civil establece:

“ARTICULO 2350. El dueño de un edificio es responsable de los daños que ocasione su ruina, acaecida por haber omitido las reparaciones necesarias, o por haber faltado de otra manera al cuidado de un buen padre de familia.

⁶⁴ Ver, por ejemplo: el numeral 4 del artículo 5, el inciso final del artículo 18, el inciso segundo del artículo 41 y el inciso final del artículo 60 de la Ley 80 de 1993, normas de orden público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, tanto para las entidades estatales contratantes como para los contratistas particulares, quienes, por supuesto, no pueden negociar su contenido ni eludir su observancia.

⁶⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 11001 03 26 000 2009 00047 00 (36860). Sentencia del 14 de junio de 2019. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera

“2. EXCLUSIONES LOS AMPAROS PREVISTOS EN EL PRESENTE SEGURO NO OPERARAN EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.1 CAUSA EXTRAÑA, ESTO ES, LA FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO, EL HECHO DE UN TERCERO O LA CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

2.2 DAÑOS CAUSADOS POR EL CONTRATISTA A LOS BIENES DE LA ENTIDAD ESTATAL NO DESTINADOS AL CONTRATO.

2.3 USO INDEBIDO O INADECUADO O FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO ALQUE ESTÁ OBLIGADA LA ENTIDAD ESTATAL.

2.4 EL DETERIORO NORMAL QUE SUFRAN LOS BIENES ENTREGADOS CON OCASIÓN DEL CONTRATO GARANTIZADO COMO CONSECUENCIA DEL TRANSCURSO DEL TIEMPO.”

Frente al segundo argumento, en el que señaló el apoderado del garante que estamos de cara a una responsabilidad objetiva, no es cierto toda vez que la Entidad realizó el análisis respecto a si existía un eximiente de responsabilidad, por lo cual no existe una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Por consiguiente, este despacho considera pertinente traer a colación lo que textualmente señaló la sentencia sobre la admisión de las modulaciones en derecho administrativo sancionador, respecto de la presunción de inocencia y del *in dubio pro administrando*, así:

“(...) La presunción de inocencia va acompañada de otra garantía: “el in dubio pro administrando”, toda vez que si el Estado no cumple con la carga probatoria que le corresponde y existen dudas razonables respecto de la responsabilidad de quien está siendo objeto de investigación, la única respuesta posible es la exoneración.

No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de “in dubio pro administrando”, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero). No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado...”⁶⁶

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738). M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012).

Así mismo no debe perderse de vista que, en tratándose de obligaciones derivadas de un contrato, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, es decir, quien tenía a cargo cumplir la obligación que se imputa incumplida, como se observa del artículo 1604 del Código Civil, que aplica también para los contratos estatales, y que señala lo siguiente:

“RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR. (...)

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega. Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.”

La decisión recurrida se fundamentó en material probatorio recaudado, y frente al cual, se garantizó oportunidades de contradicción, y por ende, adicionalmente realizó un extensivo análisis de las solicitudes de aclaración a la misma hasta el punto de decretar de oficio solicitudes de aclaración con el fin de contar con la información clara, actual y veraz, de lo cual concluye este despacho que se tratan de obligaciones que se encuentran dentro del clausulado del contrato de concesión portuaria, esto es, el fondeo de la fiducia y la actualización de la garantía en los términos ya revisados y analizados en la presente resolución.

Por todo lo anterior, no tiene vocación de prosperar los argumentos del apoderado del garante.

5.2.2. No actualización de las garantías contractuales.

- De acuerdo con lo señalado por el apoderado de la compañía garante, la resolución objeto de recurso incurrió en falsa motivación como quiera que, no se puede afectar la póliza con base en el incumplimiento del contratista en su deber de mantener vigente durante toda la ejecución y liquidación de la concesión, de conformidad con lo normado en el artículo 43 del Decreto 474 de 2015, que señala:
- *“Artículo 43. Aceptación de las garantías por vigencias. En el caso de las concesiones cuyo plazo sea superior a cinco (5) años, la entidad podrá aceptar que las garantías sean otorgadas por vigencias de cinco (5) años cada una. En tal evento, antes del vencimiento de cada vigencia, el beneficiario de la concesión está obligado a aportar para aprobación, la prórroga de dichas garantías o unas garantías nuevas, que amparen el cumplimiento de las obligaciones en la vigencia subsiguiente. Si el garante de una de las vigencias decide no continuar garantizando la siguiente vigencia, deberá informarlo por escrito al beneficiario de la concesión y a la entidad otorgante de la misma, con seis (6) meses de anticipación a la fecha de vencimiento de la garantía correspondiente y en caso de no dar aviso quedará obligado a garantizar la siguiente vigencia. Lo anterior, sin perjuicio que los beneficiarios de las concesiones deban garantizar el plazo total de las mismas, para lo cual deberán mantener vigente durante toda la ejecución y liquidación de la concesión las garantías que amparen las obligaciones. En caso de incumplimiento de la obligación de prorrogar u obtener las garantías para cualquiera de las etapas del contrato, el beneficiario de la concesión quedará sujeto a las sanciones previstas en la ley, no pudiendo ser afectada la garantía de la etapa inmediatamente anterior, en lo que tiene que ver con dicha obligación.”*

De la lectura de este artículo, este despacho evidencia que fue el concesionario quien no dio cumplimiento a la normatividad, dado que, si fue su decisión no continuar renovando las garantías contractuales, omitió notificarlo a la Corporación y a la entidad aseguradora con seis (6) meses de anticipación a su fecha de vencimiento, esto fue, antes del 1º de diciembre de 2019, por lo cual, desde inicio del año 2020, el contratista tenía la obligación de garantizar la siguiente vigencia.

5.2.3. OTROS ARGUMENTOS.

En el texto final del recurso, el apoderado de la compañía garante señaló los siguientes argumentos:

- La multa tiene finalidad cominatoria.
- Señaló que operó el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro frente al presunto incumplimiento *“No fondeo de los recursos de la fiducia constituida para la contratación de la intervención”*, tomando como base la fecha de exigibilidad de cada cuota, la última cuota exigible durante la vigencia del contrato de seguros debió pagarse en el mes de febrero de 2019, habiendo operado la misma, en el mes de febrero de 2021.

Frente al primer argumento, es menester señalar que se desarrolló y demostró en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, que se materializa la finalidad de la multa cominatoria, lo cual fue ampliamente analizado y examinado en el numeral *“5.1.1.3. LIQUIDACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SANCIONADA.”* del presente acto administrativo.

Respecto al argumento que operó el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro frente al presunto incumplimiento *“No fondeo de los recursos de la fiducia constituida para la contratación de la intervención”*, debemos revisar cuándo la Entidad tuvo conocimiento del hecho de este incumplimiento o del siniestro.

De acuerdo con las pruebas que obran dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, el primer requerimiento que realizó la Entidad fue el día 19 de febrero de 2020, a través de la comunicación con radicado externo de Cormagdalena No. CE-SGC-202003000574, en la cual señaló:

“Atendiendo las disposiciones contractuales que imponen la obligación a cargo de su representada de constituir un fideicomiso de administración en el que se depositen los recursos que habrán de destinarse al pago de la intervención administrativa, técnica, financiera, contable y jurídica del contrato de concesión portuaria No. 3-0004-2014, así como lo dispuesto en la cláusula 36 y el Anexo No. 7 de dicho contrato, motivo por el cual, se hace necesario por parte de esta entidad precisar los siguientes aspectos:

(...)

3. De este ejercicio se concluye qué: por ajustes en el cálculo del valor de intervención para los años 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019 se deben pagar TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS ONCE DÓLARES (US\$347.211).

4. De acuerdo con lo anterior, el valor que Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. deberá fondear para la contratación de la interventoría para verificación de cumplimiento de otras obligaciones contractuales, vigencia 2020 será la suma de VEINTISÉIS MIL TRESCIENTOS DIECISÉSIS DÓLARES (USD\$26.316).

5. Por lo tanto, el valor total que la (sic) Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. deberá fondear por concepto de ajustes y vigencia 2015-2020 será de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTE SIETE DÓLARES (USD\$347.211)."

Antes de la citada fecha, la Corporación no tuvo conocimiento de dicho incumplimiento, como quiera que la interventoría que estuvo dispuesta para el efecto en el lapso del 1º de noviembre de 2018 al 1º de marzo de 2019, contratada mediante el contrato de interventoría No. 0-246-2018 suscrito con Ingeniería de Proyectos S.A.S., señaló en los informes allegados a este procedimiento, esto es, Informe N.3 correspondiente al Segundo Diagnóstico De Avance, radicado Cormagdalena No. 201902000825 del 19 de febrero de 2019, respecto de esta obligación:

e. Contratar una entidad fiduciaria para el manejo de No resulta procedente la multa, pues el

INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S

Página 30 de 50

INTERVENTORÍA ADMINISTRATIVA, TÉCNICA, FINANCIERA, CONTABLE Y
JURÍDICA AL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA NOVO PORTO S.A
INFORME DE INTERVENTORÍA IM-447-02

CORMAGDALENA
ENERO 2019

0031

CLAUSULA 27 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO	
Causa	Caso Concreto
los recursos destinados a pagar la interventoría del contrato;	concesionario contrató a una entidad fiduciaria para el manejo de los recursos destinados a pagar la interventoría.
f. Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría	No resulta procedente la multa, pues el concesionario ha cumplido oportunamente con la obligación

Posteriormente en su informe final de interventoría, radicado a través del No. 201902001558 26 de marzo de 2019, señaló frente a esta obligación, que no se cuenta con la información, así:



Tabla 5. Aspectos Financieros

FUENTE	OBLIGACIONES	ESTADO ACTUAL		OBSERVACIONES
		CUMPLE	NO CUMPLE	
ASPECTOS FINANCIEROS				
Cláusula Vigésima séptima	a. Pagar la contraprestación de forma oportuna.	X		Se adjuntan soportes de pago.
	e. Contratar una entidad fiduciaria para el manejo de los recursos destinados a pagar la intervención del contrato.	X		Se adjunta soporte del Banco
	f. Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la intervención y. Pagar todos los impuestos, tasas y contribuciones de conformidad con las normas tributarias vigentes durante la ejecución del contrato. El riesgo de modificación de dichas normas tributarias está enteramente a cargo del CONCESIONARIO, tanto en lo que lo afecte, como en lo que lo beneficie directa o indirectamente.		x	No se cuenta con la información
		X		

Conforme a lo anterior, se prueba que la Corporación tuvo conocimiento del presunto incumplimiento a partir del 19 de febrero de 2020, momento en que se realizó el requerimiento al Concesionario para esta obligación.

De acuerdo con la jurisprudencia decantada y reciente del alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que señaló al respecto:

«32. Como primera medida, debe recordarse que esta Corporación, en varias ocasiones, se ha referido al artículo 1081 del Código de Comercio, que estableció un término de prescripción ordinaria de 2 años para las acciones derivadas del contrato de seguro⁶⁷, y su incidencia cuando la declaratoria de siniestro se produce a través de acto administrativo.

Sobre este término, se ha reconocido que corre a partir del momento en que el interesado (como ocurre con la entidad beneficiaria del contrato de seguro que ampara el cumplimiento de un contrato estatal) haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da origen a la acción:

“[...] cuando es un particular el beneficiario del contrato de seguro y el asegurador no lo indemniza a su solicitud, es decir por el mero requerimiento, le corresponde asistir a estrados judiciales, para pedir que se declare la obligación del asegurador, es decir que se le reconozca judicialmente que el hecho o siniestro sí se dio y que, en consecuencia, se declare que el asegurador está obligado a indemnizarlo [...] cuando la Administración es la beneficiaria del contrato de seguro, está previsto en la ley que como ella está privilegiada con la decisión previa, es decir que para el reconocimiento de la existencia del siniestro no tiene que acudir ante la rama judicial para que declare la existencia de la obligación del asegurador, puede reconocer la existencia del siniestro por acto administrativo y mediante la notificación del

⁶⁷ Artículo 1081. “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción [...] Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.



mismo requerir al asegurador al cumplimiento de la obligación indemnizatoria.

Es por esto que cuando el Estado declara la obligación de indemnización del asegurador, ello equivale a la reclamación extrajudicial por vía administrativa; la reclamación así entendida - noticiando al asegurador - tendrá que hacerse dentro del término de prescripción ordinaria es decir dentro de los dos años contados a partir de la ocurrencia del siniestro⁶⁸.

33. Con base en una extensa línea jurisprudencial⁶⁹, se entiende que, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da origen a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir el acto administrativo mediante el cual declara la ocurrencia de un siniestro y lo cuantifica.

34. Esta misma Subsección, en una oportunidad reciente, recordó que “el término de prescripción ordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro es de 2 años, y corre a partir del momento en que el interesado –la entidad beneficiaria del contrato de seguro, en el caso de garantías de cumplimiento otorgadas en contratación estatal- haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. Así, desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da base a la acción, cuenta con un término de 2 años para proferir un acto administrativo mediante el cual declare la ocurrencia de un siniestro y su cuantía”⁷⁰.

35. En el caso objeto de análisis, tal y como se señaló en la demanda y en el recurso de apelación (lo que se confirma con los propios informes de intervención de los que dan cuenta los actos administrativos demandados), la administración tuvo conocimiento de las razones del incumplimiento el 5 de abril de 2011, o, en su defecto, el 30 de mayo de 2011. A partir de estas fechas se puede afirmar, sin lugar a dudas, que la administración sabía de los incumplimientos contractuales, comoquiera que fue en este momento “cuando el IDU manifestó no haber recibido por parte del CONSORCIO PRO3 los productos finales de estudios y diseños”.»

De acuerdo con todo lo anterior, en especial las pruebas obrantes dentro del expediente sancionatorio y la jurisprudencia transcrita, para esta Corporación el momento donde tuvo conocimiento del hecho que generó el presunto incumplimiento, fue el **19 de febrero de 2020**, razón por la cual no operó el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro, como quiera que la fecha de prescripción sería el **19 de febrero de 2022** y la Resolución que declaró el incumplimiento No. 00301 fue expedida el **5 de octubre de 2021**.

6. CONCLUSIÓN

⁶⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 11 de diciembre de 2002, exp. 22511

⁶⁹ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de abril 22 de 2009, exp. 14.667, Sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 21.432 y Sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 47.166.

⁷⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 47166.

En conclusión, esta Corporación encuentra probado el incumplimiento parcial de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S., respecto a dos incumplimientos, los cuales versan sobre: No fondeo de los recursos de la fiducia constituida y No actualización de Garantías Contractuales, **SIN EMBARGO**, por la razón desarrollada especialmente en el numeral “5.1.1.3. LIQUIDACIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA SANCIONADA” al desaparecer del mundo jurídico la persona jurídica, no es posible que sea parte dentro del presente procedimiento y por ende ser sujeto de sanción, conforme a la última línea jurisprudencial del Tribunal de cierre de lo contencioso administrativo. Por lo tanto, se revocará parcialmente la Resolución No. 000301 del 5 de octubre de 2021.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, los numerales cuatro, cinco, seis y siete de la Resolución No. 000301 del 05 de octubre de 2021, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: REVORCAR, los numerales uno, dos, tres, ocho, nueve y diez de la Resolución No. 000301 del 5 de octubre de 2021, de conformidad con lo expuesto, en la parte considerativa de la presente resolución, así:

“CESAR el procedimiento administrativo sancionatorio iniciado contra de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada, NIT 900.715.064 - 5, en virtud de la suscripción del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.”

ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR las diligencias de carácter sancionatorio iniciadas en contra de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada, NIT 900.715.064 - 5, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

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 NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada y al representante legal y/o apoderado de SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A, o a quienes hagan sus veces.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los siete (7) días del mes de junio de 2022.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Sonia Guerrero Silva /Abogada OAJ 

Revisó: OMAA S.A.S. 