

Resolución No.000230

“Por la cual se declara el incumplimiento parcial y consecuente imposición de multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007 suscrito con LA SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUIN S.A.”.

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

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00215 de 2017, Resolución No. 00334 del 2019 y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

Que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece como fines de la contratación Estatal, 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 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.”*

1

Oficina Principal
Barrancabermeja

Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá

Calle 93B No. 17 - 2
Oficina 504



Oficina 802

**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**

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

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

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

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

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

Que el Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 *“por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, que las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, (...) podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal para lo cual establece el procedimiento y ritualidad para hacer las declaraciones y efectivas las consecuencias que la ley establece en caso de incumplimiento del contrato”.*

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

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**

2

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...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

1. La SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. (el “Concesionario”), mediante comunicación radicada el 31 de marzo de 2006 ante CORMAGDALENA, presentó una solicitud de Concesión de Zonas de uso público para la construcción, administración, operación y explotación de un Terminal Portuario Particular para Servicio Público en la ciudad de Barranquilla, margen izquierda del Río Magdalena, para el manejo, almacenamiento y embarque de carbón mineral y otros gránulos sólidos por un término de treinta (30) años.
2. Que en cumplimiento del artículo 12 de la Ley 1 de 1991 y el artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó la solicitud de Concesión mediante la expedición de la Resolución No.000234 del 8 de agosto de 2006 .
3. Que mediante la Resolución No. 000235 del 24 de septiembre de 2007, CORMAGDALENA otorgó formalmente la Concesión Portuaria a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.
4. El 14 de noviembre de 2007 CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria N. 036 del 14 de noviembre de 2007, cuyo objeto corresponde a: “La entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato”.

3

Oficina Principal
Barrancabermeja

Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá

Calle 93B No. 17 - 2
Oficina 504



Oficina 802

**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**

5. El 12 de mayo de 2008 se suscribió entre las señaladas partes el Acta de Entrega de bienes de uso público a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín.
6. Que mediante comunicación No. 200900896 de fecha 28 de mayo de 2009, CORMAGDALENA recomienda a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., presentar una solicitud de modificación contractual con el fin de adicionar las áreas o zonas de uso público fluvial requeridas para la construcción de la infraestructura portuaria y operación.
7. La SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., para el 2 de octubre de 2009, presentó solicitud de modificación contractual a CORMAGDALENA, con el fin de adicionar las zonas de uso público fluvial y terrestre.
8. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, expidió el Decreto No. 3888 del 8 de octubre de 2009, por el cual, se modifica el artículo 1° del Decreto 224 de 1998.
9. CORMAGDALENA expidió la Resolución No. 000370 del 4 de octubre de 2016, mediante la cual archivó la solicitud de modificación del contrato de Concesión, presentada por la Concesionario, en cumplimiento de lo establecido las Leyes 768 de 2002 y 1617 de 2013 del 14 de noviembre de 2007.
10. Mediante la Resolución No. 312 de 2017, CORMAGDALENA decidió "*Declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 36 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. (...)*"
11. Mediante Resolución N.º 360 de 2017, la entidad resolvió "*CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 00312 del 31 de octubre de 2017 "Por la cual se declara el incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 036 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAR DE MALLORQUÍN S.A., se impone una multa y se adoptan otras decisiones"*
12. Mediante el oficio No. C.E-SGC- 2018003000563 de fecha 21 de marzo de 2018, CORMAGDALENA realizó el aviso de presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas Octava (Contraprestación) y Décima Segunda (Plan de inversiones) del Contrato de Concesión 036-2007, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles siguientes al recibo del mismo para su cumplimiento.
13. Posteriormente, CORMAGDALENA, mediante comunicado No. CE-SGC- 201803001737 del 19 de julio de 2018, le solicitó al Consorcio Inter- Puertos 02, Interventor del Contrato de Concesión No. 036-2007, presentar un informe del

4

presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. y, adicionalmente, se le informó que el Concesionario ya había sido sancionado por el no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 9 y 10.

14. El 9 de octubre de 2018 mediante oficio con radicado No. 201802003953, el Consorcio Inter-Puertos 02, emitió concepto donde concluyó que se evidenciaba un posible incumplimiento en el pago de la contraprestación por parte del Concesionario y, por ende, CORMAGDALENA podría dar aplicación al régimen sancionatorio establecido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Concesión.

15. Mediante múltiples oficios, CORMAGDALENA ha realizado el cobro persuasivo de la mora que presenta el Concesionario y ha invitado al mismo a comunicarse con la Entidad para solucionar lo antes mencionado y con el menor riesgo contractual.

16. A la fecha, el Concesionario no ha pagado la contraprestación de las anualidades 9, 10, 11, 12 y 13, la Sociedad ya fue sancionada por el no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 9 y 10.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES Y MULTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 36 de 2007.

1. FRENTE AL NO PAGO DE LA CONTRAPRESTACION

- a. De conformidad con la Cláusula Octava del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007 el Concesionario podrá pagar la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN DÓLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$1.459.981,32), en treinta (30) cuotas pagaderas por anualidades anticipadas dentro de los cinco (5) días siguiente al inicio de cada anualidad, que corresponde al 14 de noviembre de cada año, por un valor de CIENTO SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$161.828), de los cuales NOVENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y SEIS DOLARES CON OCHENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$97.096,80), corresponden a CORMAGDALENA y el valor restante corresponde al Distrito de Barranquilla. Lo cual, en atención al artículo 1° de la Ley 1557 de 2012, el SESENTA POR CIENTO (60%) de la contraprestación por zona de uso público e infraestructura la recibirá la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena), o quien haga sus veces; el restante 40% se destinará a los municipios o distritos destinados a reforestación y saneamiento básico.
- b. Con el objeto de contar con un documento que acredite el monto de la deuda y la fecha de pago oportuno de las cuotas por concepto de contraprestación, la interventoría solicitó a CORMAGDALENA información sobre el monto adeudado y

el número de anualidades vencidas a través de comunicado No. CINP – 484 –006– 2306 de fecha 15 de julio de 2020, identificado con el radicado 202002003330.

- c. Mediante correo electrónico, la Corporación envió a la interventoría copia de la Comunicación Interna No. 202001001828, en el cual se presenta el Estado de Cuenta de la Sociedad Portuaria Mallorquín S.A., donde se establece que el valor adeudado a corte 30 de septiembre de 2020 es de DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$2,651,354,220.00) que corresponde las Anualidades 9, 10, 11, 12 y 13 y multa por Incumplimiento conforme al siguiente cuadro:

ESTADO DE CUENTA A 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020 CONTRATO 036-2007 SOC PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.		
VALORES POR CANCELAR	USD. \$	COL. \$
INTERESES MORA:		601,429,479.00
ZONA DE PLAYA:	485,484.00	1,803,403,133.00
DIF. VR HIST. ACTUALIZADO		192,287,718.00
MULTAS:	14,600.00	54,233,890.00
	500,084.00	
TOTAL A PAGAR COL \$		2,651,354,220.00
FECHA:	18-sep-2020	T.R.M. \$ 3,714.65

Fuente: comunicado interno CORMAGDALENA 202001001828

- d. Es pertinente indicar que, del comunicado remitido por CORMAGDALENA a la Interventoría del contrato 036-2007, el incumplimiento en el pago de la contraprestación sólo recae para las anualidades 11, 12 y 13.

INTERESES DE MORA		\$	217.619.391
ZONA DE PLAYA	USD 291.290	\$	1.082.041.884
DIF.VR.HIST.ACTUALIZADO		\$	62.936.381,00
TOTAL 10,11,12		\$	1.362.597.656

- e. La Interventoría por medio de los siguientes oficios solicitó al Concesionario copia del pago de las contraprestaciones, intereses de mora y actualización del IPC realizadas de acuerdo con el Contrato de Concesión a CORMAGDALENA y al Distrito de Barranquilla, así:
- CINP – 484 –017–2384 de fecha 22 de julio de 2020
 - CINP – 484 –038–2742 de fecha 21 de agosto de 2020
- f. Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha del informe de incumplimiento, no se ha obtenido respuesta sobre lo señalado en el numeral anterior, encontrándose el Concesionario en mora por las anualidades 9, 10, 11,12 y 13.

2. FRENTE A LA MORA EN EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACION AL DISTRITO DE BARRANQUILLA

- a. A través de comunicado GGI-RE-DE 00178-20 de fecha 5 de agosto de 2020, la Alcaldía Distrital de Barranquilla reportó ante la Interventoría que, verificando el sistema de información tributaria- Rentas, el Concesionario registra deuda y se encuentra actualmente en proceso de cobro coactivo identificado con el número ACTO GGI-FI-RD-00003- 19 por las anualidades 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019, así mismo, vía correo electrónico, envió la siguiente información con fecha de corte a 21 de julio de 2020, que se detallan en la siguiente tabla:

CONTRATO	MODALIDAD DE PAGO/PERIODO	PERIODO S VENCIDOS	VALOR CAPITAL BASE US DISTRITO	PROCESO DE DETERMINACIÓN OFICIAL	ESTADO DEL PROCESO
No. 36/ 14-11-2007	ZONA DE USO PUBLICO/ANUALIDAD ANTICIPADA	2015	64.731,20	ACTO GGI-FI-RD-00003-19	Interpuso recurso de reconsideración
		2016	64.731,20		
		2017	64.731,20		
		2018	64.731,20	Sin proceso de determinación	N/A
		2019	64.731,20		

Fuente: Oficio GGI-RE-DE 000178-20 de fecha 5 de agosto de 2020 y correo electrónico de fecha 12 de agosto de 2020

- b. El Distrito de Barranquilla informó del estado del proceso de cobro coactivo que, el concesionario interpuso recurso de reconsideración, no obstante lo anterior no aportó copia ACTO GGI-FI-RD-00003-19 (Procedimiento de Cobro Coactivo) y del recurso de reposición.
- c. A la fecha del informe de incumplimiento, el Concesionario se encuentra en mora del pago de la contraprestación al Distrito de Barranquilla de las anualidades 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019.

3. FRENTE A LA NO RENOVACIÓN DE LAS GARANTÍAS

Mediante oficio CE. SGC: 202003001951 del 03 de septiembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, solicitó a la Interventoría del contrato 036-2007 “la presentación de nuevos informes de incumplimientos relacionados con los siguientes contratos (...) – Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca S.A. Contrato No. (sic) 036 de 2007”.

En atención a lo anterior, la Sociedad Ingeniería de Proyectos S.A.S. realizó el análisis pertinente concluyendo que el concesionario permanece en el incumplimiento de su obligación de renovar y/o prorrogar las pólizas así:

SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN	ESTADO ACTUAL		OBSERVACIONES
	CUMPLE	NO CUMPLE	
OBLIGACIONES CLAUSULA DECIMO TERCERA			
13.12. Mantener vigentes las pólizas que se constituyan durante la ejecución de la concesión y reponer su monto cada vez que se reajuste, disminuya o agote.		X	Mediante oficio No. CINP-473-081-4124 de 9 de diciembre de 2019 el CONSORCIO C-BQ presento ante la Corporación Informe de Incumplimiento sobre esta obligación.

Fuente:Primer Diagnóstico de Avance de la Interventoría del 14 de septiembre de 2020.

Según el comunicado de aprobación de pólizas No. 2013102239 del 7 de octubre de 2013, las pólizas con que contaba el Contrato de Concesión eran las siguientes:

Póliza No.	Aseguradora	Amparo	Vigencia
1001313000127 Certificado No. 1	Seguros MAPFRE	Cumplimiento del Contrato	27/03/2013 - 15/05/2018
		Pago de Salarios y Prestaciones Sociales e Indemnizaciones del Personal	27/03/2013 - 27/09/2020
		Responsabilidad Civil Extracontractual	26/03/2013 - 26/09/2018
1001213003196 Certificado No. 1			

1. El 5 de mayo de 2018, CORMAGDALENA mediante el comunicado 20180300940 solicitó presentar la renovación de las pólizas de cumplimiento que respaldan el Contrato de Concesión para los próximos cinco (5) años, considerando que las pólizas vencerían el 15 de mayo de 2018.
2. El 9 de mayo de 2018, por medio de comunicado No. CE-SGC-201803000940, CORMAGDALENA realizó el recordatorio de renovación de pólizas del Contrato de Concesión, donde se reiteró lo plasmado en el comunicado del 5 de mayo del mismo año.
3. Mediante el comunicado No. CE-SGC-201803001737 del 19 de julio de 2018, CORMAGDALENA le solicitó al Consorcio Inter-Puertos 02, entonces Interventor del Contrato de Concesión Portuaria, informar sobre el presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca S.A.
4. El día 9 de octubre de 2018, el Consorcio Inter-Puertos 02, mediante el oficio con radicado No. 201802003953, emitió concepto sobre el presunto incumplimiento del Contratista.
5. Adicionalmente, CORMAGDALENA indicó que el 12 de agosto del 2019, MAPFRE Colombia, mediante el oficio con radicado No. 201902004359, solicitó los términos y condiciones para expedición de pólizas, lo que evidenció que, a dicha fecha, no se contaba con pólizas renovadas. En la solicitud, requirió Información relacionada con: (i) valor asegurado de los cinco (5) años subsiguientes, donde se indicase como se calculó el valor y la etapa actual del contrato y (ii) certificado de reclamación a la fecha donde se indicará con claridad que todas las obligaciones contractuales están

cumplidas y no existe un siniestro en curso para el Contrato de Concesión (ello, con el objeto de dar continuidad al análisis de la reclamación con radicación No. 2019080626-001-000).

6. Mediante comunicado No. CE-SGC-201903002033 del 14 de agosto de 2019, CORMAGDALENA le informó a la aseguradora MAPFRE Colombia Seguros S.A. los requisitos de expedición de las pólizas para dar respaldo al Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007, esto con el objeto de renovar las pólizas ya aprobadas por la Corporación y/o expedir unas nuevas de conformidad con lo siguiente:

Amparos	Vigencia	Valor Asegurado	Requisitos adicionales
Cumplimiento	Desde el 12 de mayo de 2018 hasta el 12 de noviembre de 2023	USD\$ 292.545, si la póliza la expiden en pesos dicho valor debe corresponder a la TRM oficial del día de Expedición	<ul style="list-style-type: none"> Incluir Nota Expresa de cobertura de cláusula penal pecuniaria, multas y sanciones. Debe incluir Nota Expresa con todos los Asegurados y/o beneficiarios de Ley, Art 41 Decreto 474 de 2015. Incluir Nota Expresa que la presente póliza se extiende a cubrir la Garantía de Estabilidad y Calidad de las Obras con base en el Acta Final de obra debidamente firmada, y se establecerá su valor asegurado

Amparos	Vigencia	Valor Asegurado	Requisitos adicionales
			<p>y su vigencia de cinco (5) años en el momento de su debida notificación a Mapfre; literal c), Decreto 474 de 2015 Art. 41.</p> <ul style="list-style-type: none"> Incluir Nota Expresa que la presente póliza se extiende a cubrir la Garantía de Calidad de Mantenimiento de las Construcciones e Inmuebles por Destinación Obras con base en el Acta de Reversión debidamente firmada, y se establecerá su valor asegurado y su vigencia de dos (2) años en el momento de su debida notificación a Mapfre; literal c), Decreto 474 de 2015 Art. 41. Si es una póliza nueva debe incluir expresamente que dicha póliza es correlativa a la anteriormente aprobada por CORMAGDALENA. Legalizar póliza original debidamente firmada y sellada por las partes: Aseguradora y Tomador. Adjuntar Clausulado general original debidamente firmado y sellado por Mapfre Colombia. Adjuntar certificado de No Renovación original y sellado por Mapfre Colombia.
Pago de Salarios, Prestaciones Sociales e Indemnizaciones	Desde el 12 de mayo de 2018 hasta el 12 de mayo de 2026	USD\$ 73.000, si la póliza la expiden en pesos dicho valor debe corresponder a la TRM oficial del día de Expedición	
Responsabilidad Civil Extracontractual	Desde el 26 de septiembre de 2018 hasta el 26 de septiembre de 2023.	USD\$975.147,10	<ul style="list-style-type: none"> Incluir Nota Expresa de los Asegurados: Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. con Nit. 900.122.484-1 y/o CORMAGDALENA con Nit. 829.000.127-4. Incluir Nota Expresa de los Beneficiarios de Ley: Terceros Afectados y/o CORMAGDALENA con Nit. 829.000.127-4 Nota expresa que detalle que la presente póliza opera bajo la Modalidad de Ocurrencia Incluir Nota Expresa que detalle todos y cada uno de los Amparos Adicionales de Ley: (Perjuicios Extrapatrimoniales, Daño Emergente, Lucro Cesante, Contratistas y Subcontratistas, RC Patronal, Vehículos Propios y No Propios), y su valor asegurado debe corresponder al 100% del amparo básico sin límites.

Amparos	Vigencia	Valor Asegurado	Requisitos adicionales
			<ul style="list-style-type: none">Tener en cuenta para los deducibles lo establecido en el Art. 2.2.1.3.3.2.10, Decreto 1082 de 2015.Si es una Póliza Nueva debe incluir expresamente que dicha póliza es correlativa a la anteriormente aprobada por CORMAGDALENA.Legalizar póliza original debidamente firmada y sellada por las partes: Aseguradora y Tomador.Adjuntar Clausulado general y particular original debidamente firmado y sellado por Mapfre Colombia.Adjuntar recibo de Caja y/o Paz y Salvo original firmado y sellado por Mapfre Colombia.

Fuente: Oficio No. CE-SGC-201903002033 del 14 de agosto de 2019.

7. La interventoría a través de los siguientes comunicados enviados vía correo electrónico solicitó al Concesionario copia de las pólizas actualizadas y su respectiva aprobación por parte de CORMAGDALENA, así:
- CINP – 484 –017–2384 de fecha 22 de julio de 2020
 - CINP – 484 –038–2742 de fecha 21 de agosto de 2020
8. El Concesionario a la fecha de elaboración del informe de presunto incumplimiento no ha dado respuesta a dicha solicitud.

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

Que a la fecha LA SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUIN S.A., y mediante comunicación de aprobación de garantías No. 2013102239 del 7 de octubre de 2013, expedidas por Seguros Mapfre, pudo constatar el estado y vigencia de las mismas, así:

Póliza No.	Aseguradora	Amparo	Vigencia
1001313000127 Certificado No. 1	Seguros MAPFRE	Cumplimiento del Contrato	27/03/2013 - 15/05/2018
		Pago de Salarios y Prestaciones Sociales e Indemnizaciones del Personal	27/03/2013 - 27/09/2020
1001213003196 Certificado No. 1		Responsabilidad Civil Extracontractual	26/03/2013 - 26/09/2018

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante los oficios No. CE- OAJ - 202003002763 del 24 de noviembre de 2020, enviado al Contratista y No. C.E OAJ No. 202003002764 del 24 de noviembre de 2020, enviado a la compañía garante, con la finalidad que comparecieran a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 15 de diciembre de 2020 a las 10:00 A.M, la cual fue instalada en la fecha indicada, y fue suspendida, quedando como nueva fecha de audiencia el día 12 de enero de 2021, a las 10:00 A.M.

I. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Audiencia del 12 de enero del 2021

La apoderada del Concesionario presentó sus descargos, solicitó y aportó prueba.

Una vez finalizada la intervención de la defensa del Concesionario y la etapa de descargos se procede con la suspensión de la audiencia y se fija como fecha de reanudación el 21 de enero de 2021, la cual se reprogramó a petición del Concesionario para el 12 de febrero de 2021, y que, por motivos institucionales, la Entidad se vio en la necesidad de reprogramar la audiencia para el día 10 de marzo de 2021 a las 10:00 am, y mediante correo electrónico, notificó a las partes sobre el efecto.

Audiencia del 10 de marzo del 2021

Continuando con la audiencia de descargos la apoderada de la Compañía Garante presentó sus descargos, solicitó y aportó pruebas.

Audiencia del 24 de marzo de 2021

Agotada la etapa de descargos, procede la Oficina Asesora Jurídica a dar apertura al periodo probatorio, dentro del cual se indicó al Concesionario y a su Garante, que serán resueltas las solicitudes presentadas en los descargos ya rendidos y se decretarán de oficio las pruebas conducentes, pertinentes y útiles, en la audiencia se manifestó lo siguiente.

Audiencia del 1 de junio de 2021

Estando el Procedimiento Administrativo Sancionatorio en la etapa de pruebas, procede la Oficina Asesora Jurídica respecto de las que fueron decretadas y se encuentran pendiente de practicar.

Audiencia del 6 de julio de 2021

En la sesión llevada a cabo el día 6 de julio de 2021, encontrándose el procedimiento en periodo probatorio, se incorporaron las respuestas a las aclaraciones y complementaciones a cargo de la Interventoría, se le da la palabra al Director de la Interventoría, para que este proceda con la lectura de las aclaraciones y complementarios a la solicitud hecha en cuanto a la prueba por informe.

Audiencia del 3 de agosto de 2021

Que, dentro de la diligencia del 3 de agosto, esta Oficina Asesora Jurídica, en aras de contar con la información clara, certera y actual, consideró conducente, pertinente y útil decretar la complementación de la prueba por informe a cargo de la interventoría del contrato, quien se manifestó mediante el oficio de radicado No. CIB-242-RL del 13 de agosto de 2021, y

estando dentro del término establecido para el efecto, la Sociedad interventora INGEPROYECT LTDA, presentó la complementación de la prueba por informe decretada.

Se le otorgó el uso de la palabra a la interventoría para que exponga de manera sucinta el documento en mención.

Audiencia del 30 de agosto de 2021

En desarrollo de la audiencia llevada a cabo el pasado 3 de agosto, la Oficina Asesora Jurídica, en aras de contar con un mejor proveer, con información clara, certera y actual, consideró conducente, pertinente y útil decretar la complementación de la prueba por informe a cargo de la interventoría del contrato, se le otorga el uso de la palabra a la interventoría para que exponga de manera sucinta el documento en mención y se cierra el período probatorio.

Audiencia del 10 de noviembre de 2021

Teniendo en cuenta que en la audiencia que precede se cerró el período probatorio, la Oficina Asesora Jurídica, da paso a los alegatos finales.

II. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste tanto a LA SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., como a su garante Compañía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

De igual manera, el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: “Las entidades sometidas al Estatuto General de la Contratación de la Administración Pública, podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...).”

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA al representante legal de LA SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUÍN S.A., así como a la Compañía Aseguradora

13

MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., con la finalidad que tanto el Contratista Concesionario como la Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad, en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE- OAJ - 202003002763 del 24 de noviembre de 2020, enviado al Contratista y No. C.E OAJ No. 202003002764 del 24 de noviembre de 2020 enviada a la compañía garante, con ocasión del presunto incumplimiento parcial y consecuente multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUÍN S.A., en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (6.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (6.2); el caso en concreto (6.3) liquidación de la Sociedad (6.4); y consideraciones finales.

6.1. EL MARCO JURÍDICO

Previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta Oficina Asesora Jurídica atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento parcial de las Obligaciones y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 037 de 2007, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de la Multa (6.1.1); y la función de la interventoría (6.1.2).

6.1.1 Multa

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

En este sentido, sobre la naturaleza de las multas en la contratación estatal, 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 conminatoria 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 la obligación principal,

como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que” las partes así lo hayan estipulado.¹

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

“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".²

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"³.

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"⁴".⁵

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—

¹ 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).

² BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ 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

⁵ 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)

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la 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”⁶

Lo cual 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.”⁷*

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.

⁶ 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)

⁷ Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

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

6.1.2 La interventoría en los contratos estatales

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

La norma establece que *“las entidades estatales al celebrar un contrato: 1. Tendrán la dirección general y la responsabilidad de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato”,* por lo que es en virtud de tal responsabilidad que se acude a la colaboración de un interventor –bien sea funcionario de la entidad o persona externa a la administración– que ejerza directamente dicho control y vigilancia, en virtud de los cuales se le exige que, a nombre de la entidad, *“(…) realice una inspección de las obras, imparta órdenes por escrito necesarias para el adecuado cumplimiento del objeto y con sujeción a los términos del contrato, solucione inquietudes, haga recomendaciones y sugerencias, pida cambios, evalúe y apruebe los trabajos, controle las cantidades de obra y su calidad, rechace las actividades inadecuadamente ejecutadas, requiera informes del cumplimiento de las obligaciones, revise las cuentas, etc.; en fin, resulta indispensable un contacto directo y permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”,* sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

De acuerdo con lo expuesto, el interventor adelanta básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista.

Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”,* que *“Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias”* y, además, que *“ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”,* es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

Al respecto, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 70 de la Ley 1952 de 2019, *“Por medio de la cual se expide el código general disciplinario se derogan la ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.”,* establece que están sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares *“que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”,* disposición que la Corte Constitucional declaró exequible en providencia en la cual consideró, lo siguiente:

“(…) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal

desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

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

Téngase en cuenta que el interventor, como encargado de vigilar la buena marcha del contrato, podrá exigir al contratista la información que estime necesaria; efectuará a nombre de la administración las revisiones periódicas indispensables para verificar que las obras ejecutadas, los servicios prestados o los bienes suministrados cumplan con las condiciones de calidad ofrecidas por los contratistas; podrá dar órdenes que se consignarán necesariamente por escrito; de su actuación dependerá que la administración responsable del contrato de que se trate adopte oportunamente las medidas necesarias para mantener durante su desarrollo y ejecución las condiciones técnicas, económicas y financieras que fueron previstas en él, es decir que tiene atribuidas prerrogativas de aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

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

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.”⁸

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

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostuvo:

⁸ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

*"El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuétales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátase de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación."*⁹

6.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. No. CE-OAJ - 202003002763 del 24 de noviembre de 2020, enviado al Contratista y No. C.E OAJ No. 202003002764 del 24 de noviembre 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. La SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUÍN S.A. (el "Concesionario"), mediante comunicación radicada el 31 de marzo de 2006 ante CORMAGDALENA, presentó una solicitud de Concesión de Zonas de uso público para la construcción, administración, operación y explotación de un Terminal Portuario Particular para Servicio Público en la ciudad de Barranquilla, margen izquierda del Río Magdalena, para el manejo, almacenamiento y embarque de carbón mineral y otros gráneles sólidos por un término de treinta (30) años.
2. Que en cumplimiento de los Artículos 12 de la Ley 1 de 1991 y 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó el trámite de concesión portuaria presentada por la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorca S.A., mediante la expedición de la Resolución No. 00234 del 08 de agosto de 2006, presentada por la Sociedad Portuaria Terminal Mallorca S.A.
3. Mediante Resolución No. 000235 del 24 de septiembre de 2007, CORMAGDALENA otorgó formalmente una Concesión Portuaria sobre la zona de uso público

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente:

ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

determinada en la Cláusula Segunda de dicho Contrato de Concesión a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUÍN S.A.

4. El 14 de noviembre de 2007 CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL MALLORQUÍN S.A. suscribieron el Contrato de Concesión Portuaria N. 036 del 14 de noviembre de 2007, cuyo objeto consiste en: *“La entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este contrato”*.
5. El 12 de mayo de 2008 se suscribió entre las señaladas partes el Acta de Entrega de bienes de uso público a la Sociedad Portuaria Terminal Mallorca.
6. Que mediante comunicación No. 200900896, de fecha 28 de mayo de 2009, CORMAGDALENA recomienda a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., presentar una solicitud de modificación contractual con el fin de adicionar las áreas o zonas de uso público fluvial requeridas para la construcción de la infraestructura portuaria y operación.
7. La SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., para el 2 de octubre de 2009, presentó solicitud de modificación contractual a CORMAGDALENA, con el fin de adicionar las zonas de uso público fluvial y terrestre.
8. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial hoy Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, expidió el Decreto No. 3888 del 8 de octubre de 2009, por el cual, se modifica el artículo 1° del Decreto 224 de 1998.
9. Mediante la Resolución 000370 del 4 de octubre de 2016, se archivó la solicitud de modificación al Contrato de Concesión *“Por medio de la cual se da cumplimiento a las Leyes 768 de 2002 y 1617 de 2013 del 14 de noviembre de 2007, presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A”*
10. Mediante la Resolución N° 312 de 2017 CORMAGDALENA decidió *“Declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 36 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A. (...)”*
11. Mediante Resolución N.° 360 de 2017 la entidad resolvió *“CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 00312 del 31 de octubre de 2017 “Por la cual se declara el incumplimiento parcial de las obligaciones derivadas del Contrato de Concesión No. 036 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAR DE MALLORQUÍN S.A., se impone una multa y se adoptan otras decisiones”*
12. Mediante oficio No. C.E-SGC- 2018003000563 de fecha 21 de marzo de 2018, CORMAGDALENA realizó AVISO de presunto incumplimiento de las obligaciones contenidas en la cláusula Octava (Contraprestación) y cláusula Decima Segunda

20

(Plan de inversiones) del Contrato de Concesión 036-2007, otorgándole un plazo de quince (15) días hábiles siguientes al recibo del mismo para su cumplimiento.

13. Posteriormente, CORMAGDALENA, mediante comunicado No. CE-SGC-201803001737 del 19 de julio de 2018, le solicitó al Consorcio Inter- Puertos 02, Interventor del Contrato de Concesión No. 036-2007, presentar un informe del presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. y, adicionalmente, se le informó que el Concesionario ya había sido sancionado por el no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 9 y 10.
14. El 9 de octubre de 2018 mediante el oficio con radicado No. 201802003953, el Consorcio Inter-Puertos 02, emitió concepto donde concluyó que se evidenciaba un posible incumplimiento en el pago de la contraprestación por parte del Concesionario y, por ende, CORMAGDALENA podría dar aplicación al régimen sancionatorio establecido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Concesión.
15. El Consorcio C-BQ, en su calidad de Interventor del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007, el 9 de diciembre de 2019 mediante el oficio No. CINP-473 -081- 4124, presentó ante las oficinas de la Corporación, con fines de imposición de multa, el informe de incumplimiento de la obligación relacionada con el NO pago de la contraprestación por el uso de zona de utilidad pública contenida en las Cláusulas Primera, Octava y Décima Tercera del Contrato de Concesión Portuaria.
16. El Consorcio C-BQ, en su informe final adjuntó copia de la comunicación No. 202001001079 de 4 de junio de 2020, en el cual se presentó el Estado de Cuenta de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.S. donde se estableció que el Valor Adeudado a corte de 31 de mayo de 2020 era de DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES NOVECIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$2.559.952.527) que corresponde a las Anualidades Vencidas: 2015, 2016, 2017, 2018 y 2019.
17. La Sociedad Ingeniería de Proyectos S.A.S., mediante contrato No. 0-184 de 2020, ejerció la Interventoría del Contrato de Concesión No. 036 de 2007 desde el nueve (9) de julio de 2020 hasta el treinta y uno (31) de diciembre de 2020.
18. Mediante oficio CE. SGC: 202003001951 del 03 de septiembre de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA, solicitó a la Interventoría *“la presentación de nuevos informes de incumplimientos relacionados con los siguientes contratos (...) – Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. Contrato No. (sic) 036 de 2007.”*

19. En atención a solicitud que se refleja en el hecho que antecede, la Sociedad Ingeniería de Proyectos S.A.S., realizó el análisis pertinente frente a la verificación del cumplimiento por parte del Concesionario de la obligación contractual del pago de la contraprestación; el cual plasmó en el primer diagnóstico de avance de fecha 14 de agosto de 2020, identificado con el radicado interno de CORMAGDALENA RAD202002003939, así:

SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN	ESTADO ACTUAL		OBSERVACIONES
	CUMPLE	NO CUMPLE	
OBLIGACIONES CLAUSULA DÉCIMO TERCERA			
13.1. Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Octava de este contrato, y la Tasa de Vigilancia que para el efecto se establezca, de acuerdo con las disposiciones vigentes y dentro de los plazos correspondientes.		X	Se encuentra en mora con la obligación del pago de la contraprestación. Con respecto a la Tasa de vigilancia, atendiendo a que el valor a pagar se calcula sobre los ingresos del concesionario y considerando que el puerto no se encuentra operando, se presume que el Concesionario no está obligado a realizar este pago.

Fuente: primer Diagnóstico de Avance de la Interventoría del 14 de agosto de 2020.

20. El Concesionario podrá pagar la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN DÓLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$1.459.981,32), en treinta (30) cuotas pagaderas por anualidades anticipadas dentro de los cinco (5) días siguiente al inicio de cada anualidad, que corresponde al 14 de noviembre de cada año, por un valor de CIENTO SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$161.828), de los cuales NOVENTA Y SIETE MIL NOVENTA Y SEIS DÓLARES CON OCHENTA CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$97.096,80), corresponden a CORMAGDALENA y el valor restante corresponde al Distrito de Barranquilla. Lo cual, en atención al artículo 1° de la Ley 1557 de 2012, el SESENTA POR CIENTO (60%) de la contraprestación por zona de uso público e infraestructura la recibirá la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (Cormagdalena), o quien haga sus veces; el restante 40% se destinará a los municipios o distritos destinados a reforestación y saneamiento básico.
21. Con el objeto de contar con un documento que acredite el monto de la deuda y la fecha de pago oportuno de las cuotas por concepto de contraprestación, la interventoría solicitó a CORMAGDALENA información sobre el monto adeudado y el número de anualidades vencidas a través de comunicado No. CINP – 484–006–2306 de fecha 15 de julio de 2020, identificado con el radicado 202002003330.
22. Mediante correo electrónico, la Corporación envió a la interventoría copia de la Comunicación Interna No. 202001001828, en el cual se presenta el Estado de Cuenta de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. donde se establece que el Valor Adeudado a corte 30 de septiembre de 2020 es de DOS MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$2,651,354,220.00) que

corresponde las Anualidades 9, 10, 11, 12 y 13 y multa por Incumplimiento conforme al siguiente cuadro:

ESTADO DE CUENTA A 30 DE SEPTIEMBRE DE 2020		
CONTRATO 036-2007		
SOC PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.		
VALORES POR CANCELAR	USD. \$	COL. \$
INTERESES MORA:		601,429,479.00
ZONA DE PLAYA:	485,484.00	1,803,403,133.00
DIF. VR HIST. ACTUALIZADO		192,287,718.00
MULTAS:	14,600.00	54,233,890.00
	500,084.00	
TOTAL A PAGAR COL \$		2,651,354,220.00
FECHA: 18-sep-2020 T.R.M. \$ 3,714.65		

Fuente: comunicado interno CORMAGDALENA 202001001828

Es pertinente indicar que el presente proceso sólo recae sobre el incumplimiento del pago de la contraprestación de las anualidades 11, 12 y 13.

23. A través de comunicado GGI-RE-DE 00178-20 de fecha 5 de agosto de 2020, la Alcaldía Distrital de Barranquilla reportó ante la Interventoría que verificando el sistema de información tributaria- Rentas, el Concesionario registra deuda y se encuentra actualmente en proceso de cobro coactivo identificado con el número ACTO GGI-FI-RD-00003- 19 por las anualidades 2015, 2016, 2017, 2018 y 201 así mismo vía correo electrónico envió la siguiente información con fecha de corte a 21 de julio de 2020 que se detallan en la siguiente tabla:

CONTRAT O	MODALIDAD DE PAGO/PERIODO	PERIODO S VENCIDO S	VALOR CAPITAL BASE US DISTRIT O	PROCESO DE DETERMINACIÓ N OFICIAL	ESTADO DEL PROCESO
No. 36/ 14- 11-2007	ZONA DE USO PUBLICO/ANUALIDA D ANTICIPADA	2015	64.731,20	ACTO GGI-FI-RD- 00003-19	Interpuso recurso de reconsideració n
		2016	64.731,20		
		2017	64.731,20		
		2018	64.731,20	Sin proceso de determinación	N/A
		2019	64.731,20		

Fuente: Oficio GGI-RE-DE 000178-20 de fecha 5 de agosto de 2020 y correo electrónico de fecha 12 de agosto de 2020

24. Según el comunicado de aprobación de pólizas N.º 2013102239 del 7 de octubre de 2013, las pólizas con que contaba el Contrato eran las siguientes:

Póliza No.	Aseguradora	Amparo	Vigencia
1001313000127 Certificado No. 1	Seguros MAPFRE	Cumplimiento del Contrato	27/03/2013 - 15/05/2018
		Pago de Salarios y Prestaciones Sociales e Indemnizaciones del Personal	27/03/2013 - 27/09/2020
1001213003196 Certificado No. 1		Responsabilidad Civil Extracontractual	26/03/2013 - 26/09/2018

25. El 5 de mayo de 2018 CORMAGDALENA, mediante comunicado 20180300940 solicitó presentar la renovación de las pólizas de cumplimiento que respaldan el Contrato de Concesión para los próximos cinco (5) años, considerando que las pólizas vencerían el 15 de mayo de 2018.
26. El 9 de mayo de 2018, por medio de comunicado CE-SGC-20180300094 CORMAGDALENA, realizó el recordatorio de renovación de pólizas del Contrato de Concesión, donde se reiteró lo plasmado en el comunicado del 5 de mayo del mismo año.
27. Mediante el comunicado N.º CE-SGC-201803001737 del 19 de julio de 2018, CORMAGDALENA le solicitó al Consorcio Inter-Puertos 02, Interventor del Contrato de Concesión Portuaria, informar sobre el presunto incumplimiento de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.
28. El día 9 de octubre de 2018, el Consorcio Inter-Puertos 02, mediante oficio con radicado No. 201802003953, emitió concepto sobre el presunto incumplimiento del Contratista.
29. Adicionalmente, CORMAGDALENA indicó que el 12 de agosto del 2019, MAPFRE compañía garante, mediante oficio con radicado No. 201902004359, solicitó los términos y condiciones para expedición de pólizas, lo que evidenció que, a dicha fecha, no se contaba con pólizas renovadas. Información relacionada con: (i) valor asegurado de los cinco (5) años subsiguientes, donde se indicase cómo se calculó el valor y la etapa actual del contrato y (ii) certificado de reclamación a la fecha donde se indicará con claridad que todas las obligaciones contractuales están cumplidas y no existe un siniestro en curso para el Contrato de Concesión (ello, con el objeto de dar continuidad al análisis de la reclamación con radicación No. 2019080626-001-000).

6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones y consecuente multa del Contrato de Concesión No. 036 de 2007, enunciada en el oficio citatorio el cual se resume a continuación, así:

1. No pago de la Contraprestación.
2. No Actualización de Garantías Contractuales.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para imponer multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato de Concesión No. 036 de 2007, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A.S., para lo cual se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar los presuntos incumplimientos propuestos.

6.3.1 No Pago de la Contraprestación:

El presunto incumplimiento de no pago de la contraprestación, se circunscribe de acuerdo con el informe de Interventoría, al no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 11, 12 y 13, adeudando a CORMAGDALENA Y AL DISTRITO DE BARRANQUILLA.

La anterior obligación se encuentra pactada en la CLÁUSULA OCTAVA del Contrato de Concesión así:

“(…) De conformidad con el concepto financiero No. 14 de fecha 12 de septiembre de 2007, acogido por la Dirección Ejecutiva de Cormagdalena, en el cual hace parte integral del presente contrato, la Sociedad beneficiaria, por concepto de uso en forma temporal y exclusiva de las playas, terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquellas o estas, y para un periodo de treinta (30) años, pagará al Estado la suma de UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN DOLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$1.459.981,32), a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del contrato estatal de concesión portuaria, y liquidados a la tasa representativa del mercado -TRM- del día del pago, o podrá pagar treinta (30) cuotas de CIENTO SESENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$161.828), liquidados a la tasa representativa del mercado -TRM- del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas, dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del perfeccionamiento del correspondiente contrato; las restantes se pagaran dentro de los cinco (5) primeros días de cada anualidad. El 80% le corresponde a la Nación, por medio del Instituto Nacional de Vías – INVIAS, y el 20% al Distrito de Barranquilla, de acuerdo con lo establecido en el numeral 7,1 del artículo séptimo, de la Ley 1ª de 1991, modificado por el artículo primero de la ley 856 de 2003. (...)”

Dicha obligación de pago de la contraprestación se reitera en la CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA – OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA: numeral 13.1 del Contrato de Concesión la cual indica:

“(…) Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Octava de este contrato. (...)”

En atención a lo anterior, y en desarrollo de la presente actuación se procedió con el decreto de prueba por informe tendientes a verificar si el mencionado cargo de incumplimiento había sido superado o no, conforme a los pronunciamientos y argumentos presentados tanto por la apoderada del Concesionario como del garante, en virtud de lo anterior, a continuación se relaciona la solicitud de prueba por informe, y su posterior solicitud de aclaraciones y complementaciones a las mismas así:

1. ¿Si las coordenadas del polígono dadas en concesión mediante el Contrato No. 036 de 2007, corresponden a las mismas solicitadas por la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.S a través de solicitud de Concesión radicada en la Corporación el 31 de marzo de 2006?
2. ¿Si las coordenadas del polígono concesionadas mediante acta de entrega del 12 de mayo de 2008, corresponden a las mismas solicitadas por la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.S., a través de solicitud de Concesión radicada en la Corporación el 31 de marzo de 2006?
3. De acuerdo con sus respuestas anteriores, especificar si dentro de las coordenadas del polígono solicitadas por el concesionario radicada en la Corporación el 31 de marzo de 2006, y las coordenadas señaladas en el contrato No. 036 de 2007 y aquellas entregadas concesionadas mediante acta de entrega del 12 de mayo de 2008, se incluyeron áreas de uso público fluvial sobre el río Magdalena y áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental.?
4. ¿Si las áreas concesionadas en virtud del Contrato No. 036 de 2007 incluye áreas de uso público fluvial sobre el río Magdalena y áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental?
5. ¿Si el área que le fue otorgada en concesión a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A.S ha estado permanentemente ocupada por invasores?

Frente a la solicitud de prueba por informe y a los interrogantes que se presentaron en la misma, la Interventoría se pronunció en los siguientes términos:

Respuesta pregunta No. 1

“(…) De acuerdo con el contrato de Concesión No. 036 de 2007 se tienen las siguientes coordenadas:

ZONA DE USO PÚBLICO		
PUNTO	NORTE	ESTE
A	1715452,440	916113,140
M53	1715269,857	915809,443
M54	1713512,700	917119,919
M55	1713617,582	917166,447
M55A	1713669,154	917187,057
M55B	1713725,094	917190,262
B	1713790,000	917125,000
C	1714075,000	916860,000
D	1714260,000	917050,000
E	1714265,300	917055,530
M50	1714538,012	916793,805
M51	1715269,036	916284,098

De acuerdo con la solicitud presentada por la Sociedad Portuaria de fecha 31 de marzo de 2006 se tienen las siguientes coordenadas:

ZONA DE USO PÚBLICO		
PUNTO	NORTE	ESTE
M1A	1714100,385	917144,512
M2	1714077,061	917209,938
M49	1714090,239	917223,551
M50	1714538,012	916793,809
M51	1715269,036	916284,098
M52	1715475,385	916048,690
M1D	1715449,622	916091,547
M1C	1715237,533	916245,109
M1B	1714506,209	916755,029
M1A	1714100,385	917144,512

ZONA ADYACENTE		
PUNTO	NORTE	ESTE
M1A	1714100,385	917144,512
M1B	1714506,209	916755,029
M1C	1715237,533	916245,109
M1D	1715426,104	916069,335
M53	1715269,857	915809,443
M54	1713512,700	917119,919
M55	1713617,582	917166,447
M55A	1713669,154	917187,057
M55B	1713725,094	917190,262
M56	1714018,770	916948,120
M12	1714105,364	917064,231
M1	1714105,415	917130,402
M1A	1714100,385	917144,512

De acuerdo con lo anterior, se puede observar que las coordenadas solicitadas por la sociedad Portuaria difieren de las entregadas en concesión por Cormagdalena.

Respuesta pregunta No. 2

De acuerdo con el acta de entrega del 12 de mayo de 2008 se tienen las siguientes coordenadas:

ZONA DE USO PÚBLICO		
PUNTO	NORTE	ESTE
A	1715452,440	916113,140
M53	1715269,857	915809,443
M54	1713512,700	917119,919
M55	1713617,582	917166,447
M55A	1713669,154	917187,057
M55B	1713725,094	917190,262
B	1713790,000	917125,000
C	1714075,000	916860,000
D	1714260,000	917050,000
E	1714265,300	917055,530
M50	1714538,012	916793,805
M51	1715269,036	916284,098

De acuerdo con la solicitud presentada por la Sociedad Portuaria de fecha 31 de marzo de 2006 se tienen las siguientes coordenadas

ZONA DE USO PÚBLICO		
PUNTO	NORTE	ESTE
M1A	1714100,385	917144,512
M2	1714077,061	917209,938
M49	1714090,239	917223,551
M50	1714538,012	916793,809
M51	1715269,036	916284,098
M52	1715475,385	916048,690
M1D	1715449,622	916091,547
M1C	1715237,533	916245,109
M1B	1714506,209	916755,029
M1A	1714100,385	917144,512

ZONA ADYACENTE		
PUNTO	NORTE	ESTE
M1A	1714100,385	917144,512
M1B	1714506,209	916755,029
M1C	1715237,533	916245,109
M1D	1715426,104	916069,335
M53	1715269,857	915809,443
M54	1713512,700	917119,919
M55	1713617,582	917166,447
M55A	1713669,154	917187,057
M55B	1713725,094	917190,262
M56	1714018,770	916948,120
M12	1714105,364	917064,231
M1	1714105,415	917130,402
M1A	1714100,385	917144,512

De acuerdo con lo anterior, se puede observar que las coordenadas solicitadas por la sociedad Portuaria difieren de las concesionadas mediante acta de entrega del 12 de mayo de 2008.

Respuesta pregunta No. 3

Respuesta:



Fuente propia
 El polígono en color blanco corresponde a las zonas solicitadas en concesión
 El polígono en color cian corresponde a las zonas entregadas en concesión

se observa en la imagen anterior de acuerdo con la delimitación realizada, las zonas solicitadas en concesión y las zonas entregadas en concesión mediante contrato No. 036 de 2007 no incluye área de uso público fluvial, de igual manera no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental y es claro que el tajamar es una obra de encauzamiento donde se localiza la vía y la línea férrea, usadas por parte de la nación para realizar el mantenimiento de esta estructura.

Respuesta pregunta No. 4

Como se observa en la imagen anterior de acuerdo con la delimitación realizada, las zonas entregadas en concesión en virtud del contrato No. 036 de 2007 no incluye área de uso público fluvial, de igual manera no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental y es claro que el tajamar es una obra de encauzamiento donde se localiza la vía y la línea férrea, usadas por parte de la nación para realizar el mantenimiento de esta estructura.

Respuesta pregunta No. 5

De acuerdo con la información que reposa en el expediente entregado por Cormagdalena y el informe final de la interventoría Ingeniería de Proyectos S.A se puede evidenciar que, efectivamente la zona ha sido objeto de invasiones, según INP, a lo largo de los años, que han podido comprobarse en las visitas realizadas por ellos. (...)”

Dentro de las respuestas a la prueba por informe, por parte de la Oficina Asesora Jurídica se presentó una solicitud de aclaración y complementación a la mismas donde se solicitó a la interventoría responder las siguientes preguntas:

1. Sírvase aclarar, si la zona otorgada en concesión a la Sociedad Portuaria Terminal Mallorquín S.A.S ha estado permanentemente ocupada por invasores, desde que se otorgó la respectiva concesión.
2. Sírvase complementar, de conformidad con lo manifestado en su informe, ¿si el contrato de concesión de la referencia, puede o no ser ejecutado, sin las áreas de uso público fluvial sobre el río Magdalena y las áreas de uso público terrestre sobre el tajarar occidental?

A las cuales a Interventoría se manifestó en los siguientes términos:

Respuesta aclaración y complementación No. 1

De acuerdo con el Contrato de Concesión No. 036 de 2007 la zona dada en concesión se enmarca en las siguientes coordenadas:

ZONA DE USO PÚBLICO		
PUNTO	NORTE	ESTE
A	1715452,440	916113,140
M53	1715269,857	915809,443
M54	1713512,700	917119,919
M55	1713617,582	917166,447
M55A	1713669,154	917187,057
M55B	1713725,094	917190,262
B	1713790,000	917125,000
C	1714075,000	916860,000
D	1714260,000	917050,000
E	1714265,300	917055,530
M50	1714538,012	916793,805
M51	1715269,036	916284,098



Ilustración 1 Ubicación Coordenadas de la concesión

“(…)

De acuerdo con la imagen anterior y con la visita realizada el día 20 de mayo de 2021, se pudo establecer que efectivamente en la zona existen edificaciones de invasión que ocupan los terrenos entregados en concesión, a través de fotografías históricas de la herramienta Google Earth Pro, se puede establecer que desde el inicio de la concesión en el año 2007 y hasta la fecha se tienen edificaciones que invaden la zona entregada en concesión, como se puede observar en las siguientes imágenes:



Ilustración 2 Fotografía del año 2007 de Google Earth Pro



Ilustración 3 Fotografía del año 2010 de Google Earth Pro



Ilustración 4 Fotografía del año 2014 de Google Earth Pro

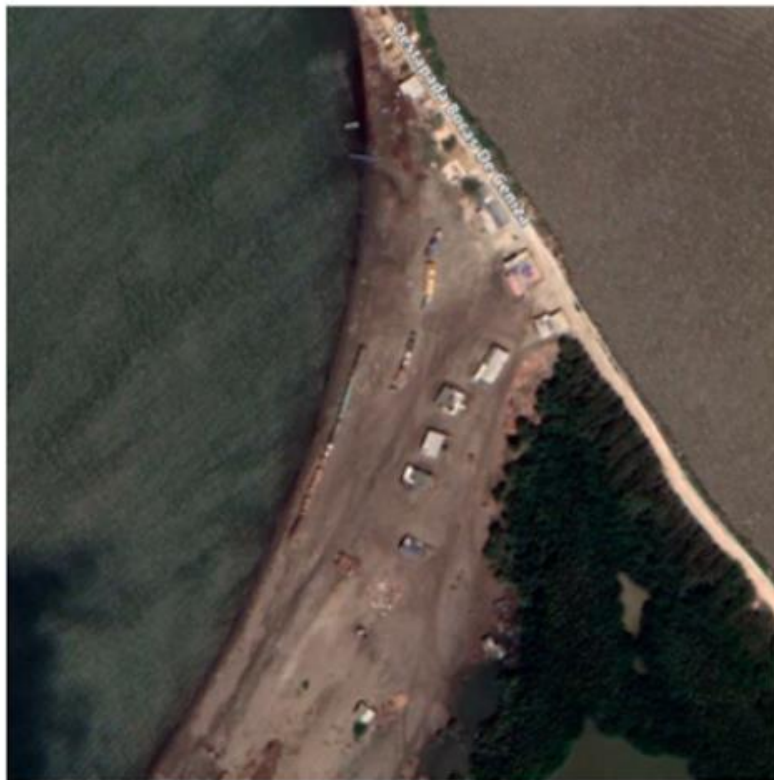


Ilustración 5 Fotografía del año 2018 de Google Earth Pro

(...) Como se puede observar a partir del año 2007 se observa una invasión progresiva y desde el inicio del contrato ya se evidenciaban edificaciones de tal forma que a la fecha se puede observar un número mayor de construcciones que invaden la zona entregada en concesión.”

Respuesta aclaración y complementación No. 2

“En cuanto a las áreas de uso público fluvial, el contrato no puede ser ejecutado sin una zona de uso fluvial, puesto que la operación de todos las concesiones a lo largo del río Magdalena se desarrolla por el mismo, los buques que ingresan al puerto de Barranquilla utilizan el canal navegable del río para dirigirse a cada una de las sociedades portuarias que se encuentran a los (sic) largo de las orillas del río, si no se tiene zona de uso público en agua, no se podrá realizar ningún tipo de operación desde el agua, que es la razón de ser de este puerto sobre el río. Por lo tanto, a juicio de esta interventoría el concesionario incurrió en un error al momento de la solicitud de las zonas de concesión, toda vez que en dicha solicitud no se incluyó la zona de uso público en agua.

En cuanto a las áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, se puede apreciar en las fotografías que en la orilla del río no hay espacio necesario para desarrollar un muelle, y solo se podría desarrollar la zona administrativa y de bodegas al otro lado de la línea férrea y específicamente fuera del tajamar, así mismo es claro que considerando el trazado de la línea férrea sobre el tajamar occidental no se podría ejecutar ninguna infraestructura sobre esta vía pública que va hasta la punta norte de esta estructura y que funciona como acceso a otras sociedades portuarias ubicadas en este tramo y también como atracción turística.”

Por otra parte, la oficina Asesora Jurídica requirió una **segunda prueba** por informe a cargo de la Interventoría, en la cual solicitó dar respuesta a los siguientes interrogantes:

1. Sírvasse indicar si al momento de solicitar la Concesión Portuaria por parte del concesionario Sociedad Portuaria Terminal Mallorquín S.A.S. se incluyeron las áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, necesarias para la construcción del muelle.
2. Sírvasse indicar si la expedición del decreto 3888 de 2009, por medio del cual, se designa como humedal de importancia internacional, el Sistema Delta Estuario del Río Magdalena, impidió desarrollo de la actividad portuaria del proyecto, en los términos en que fue concesionado.

Frente a la solicitud de segunda prueba por informe y a los interrogantes que se presentaron en la misma, la Interventoría se pronunció en los siguientes términos:

Respuesta a la pregunta No. 1

“(…) Las zonas solicitadas en concesión en el marco del contrato No. 036 de 2007 no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental y es claro que el tajamar es una obra de encauzamiento donde se localiza la vía férrea, usada por parte de la nación para realizar el mantenimiento de esta estructura. (...)”

Respuesta a la pregunta No. 2

“Las coordenadas que aparecen en el Decreto 3888 de 2009 son elipsoidales por lo cual fue necesario convertirlas a coordenadas planas Gauss-Krüger mediante el software Magna Sirgas Pro 4.2, una vez realizado este procedimiento se obtuvieron las coordenadas planas”

(...) Estas coordenadas fueron graficadas en un archivo de AutoCAD con el fin de establecer la localización del Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, este ejercicio nos arrojó la siguiente gráfica:



En la gráfica anterior se observa un polígono de color verde donde se localiza la concesión de la Sociedad Portuaria de Mallorquín, a continuación se presenta un acercamiento en la siguiente gráfica donde se observa la delimitación del Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena en la zona referida:



Como se puede observar en la imagen, la totalidad de la zona concesionada esta incluida en la zona demarcada por las coordenadas consignadas en el decreto 3888 de 2009, lo que indica que toda el área concesionada se encuentra localizada en la zona de protección RAMSAR. (...)

Se deja la salvedad que la compañía Garante a dicha prueba por informe no presentó ninguna solicitud, pero la apoderada del Contratista si realizó su manifestación el día 22 de julio de 2021, mediante correo electrónico formulando aclaraciones y complementaciones a la segunda prueba por informe, las cuales fueron rechazadas por parte de la Oficina Asesora Jurídica, por no considerarlas pertinentes, como quiera que las solicitudes no guardan relación con el objeto de la prueba.

Ahora bien, la Oficina Asesora jurídica solicitó aclaración y complementación a la segunda prueba por informe a cargo de la Interventoría, solicitando:

“(...) Sírvase a complementar la respuesta respondiendo si efectivamente la expedición del decreto 3888 de 2009 impidió o limitó el desarrollo de la actividad portuaria del proyecto, en los términos en que fue concesionado. (...)”

Para dar respuesta a la solicitud de aclaración y complementación la Interventoría remitió comunicación en la cual indica, lo siguiente:

“(...) El análisis jurídico de la solicitud realizada por Cormagdalena, respecto de si “la expedición del Decreto 3888 de 2009 impidió o limitó el desarrollo de la actividad portuaria del proyecto” portuario contemplado en el Contrato de Concesión No.36 de 2007, se abordará desde a perspectiva de los efectos jurídicos que trajo consigo el Decreto 3888 de 2009 y su impacto en las obligaciones del Contrato de Concesión.

•Decreto No. 3888 de 2009

De conformidad con el Decreto 1076 de 2015 (que compiló, entre otros, el Decreto No. 3888 de 2009) en su artículo 2.2.1.4.6.1. se designó el Delta Estuarino del Río Magdalena dentro de la Lista de Humedales de Importancia Internacional. El Decreto 1076 de 2015, en su artículo 2.2.1.4.6.1, estableció: “Artículo 2.2.1.4.6.1. Designación. Designase como humedal para ser incluido en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 357 de 1997, el Sistema Delta Estuarino del río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta, cuya área es de 528.600 hectáreas y un perímetro total de 579.800 metros lineales, y que se encuentra localizado en los siguientes límites y coordenadas.

La delimitación de la zona Ramsar inicia en el límite Noroccidental 1, correspondiente a la Ciénaga de Manatíes (zona norte del departamento del Atlántico). Del Punto 1 sigue en sentido Este por el margen sur de la Ciénaga Manatíes hasta el Punto 2, en el extremo Suroriental de la ciénaga, desde este punto se desplaza en línea recta hasta el Punto 3 en la Ciénaga de Mallorquín, siguiendo por el límite Suroccidental de la ciénaga hasta la entrada del Arroyo de León en el Punto 4. Continúa por el margen del arroyo de León hasta la intersección con el Corregimiento Eduardo Santos en el Punto 5. De allí se sigue por el borde del corregimiento hasta llegar a su límite Suroriental sobre la margen de la Ciénaga de Mallorquín en el Punto 6. Se continúa en sentido Este siguiendo el margen de la vegetación de ribera asociada al cuerpo de agua pasando por los Puntos 7, 8, 9, 10 y 11, hasta el Punto 12 donde inicia la ciudad de Barranquilla en su extremo Norte sobre la Ciénaga de Mallorquín.

Se sigue por el borde Nororiental de la ciénaga hasta el Punto 13 al Norte de la ciudad de Barranquilla en el sector llamado Las Flores. Desde allí va una línea recta hasta el Punto 14 ubicado en el margen oriental del río Magdalena. Se siguen los bordes del Parque Nacional Natural Vía Parque Isla de Salamanca según la Resolución 0472 de 1998 del Ministerio del Medio Ambiente, hasta su límite Suroccidental en el Punto 15; ahí se continúa por el límite del VIPIS hasta encontrarse con El caño Las Quemadas en el Punto 16; siguiendo el Caño Las Quemadas en sentido Suroriental se busca su cruce con el Caño Clarín Nuevo en el Punto 17. Siguiendo por el cauce del Caño Clarín nuevo se va hasta el punto 18 donde queda su desembocadura en el río Magdalena. Desde este punto se va por el margen Oriental del río Magdalena hasta el Punto 19 sobre la carretera que colinda con el río.

Desde este punto se hace un cruce perpendicular al río hacia la margen occidental del mismo en el departamento del Atlántico en el Punto 20. Desde este punto el lindero es la margen Occidental del río hasta el Punto 21 ubicado en frente del costado Sur del municipio de Palmar de Varela. Se sigue una línea recta hasta el punto más al Norte de la Ciénaga Palmar de Varela en el Punto 22, siguiendo por el margen Occidental de la ciénaga hasta la intersección con la unidad geopedológica de la planicie aluvial menor al 7% en el Punto 23. De este se sigue por el margen Occidental de la unidad geopedológica hasta la intersección con el río Magdalena en el Punto 24. Se continúa por el margen Occidental del río Magdalena hasta la intersección con la planicie aluvial menor al 7% en el Punto 25. De este punto se sigue por la planicie aluvial hasta que se intersecta nuevamente con el margen Occidental del río Magdalena en el Punto 26; se prosigue por el margen Occidental del Magdalena hasta la intersección con la planicie aluvial de menos de 7% en

el Punto 27; siguiendo por el margen Occidental de la unidad geopedológica hasta la intersección con el municipio de Campo de la Cruz en el Punto 28; desde acá se toma el borde Oriental del municipio hasta la intersección nuevamente con la planicie aluvial menor a 7% en el Punto 29. Se sigue la planicie aluvial menor al 7% hasta la intersección con la carretera que va al borde del margen Occidental del río Magdalena a la altura del municipio de Suán en el Punto 30.

Partiendo de este punto se toma una línea recta en sentido Suroriental hasta el borde Occidental del río Magdalena en el Punto 31. Se continúa por el margen Oriental del río Magdalena hasta el punto Suroriental de la Ciénaga de Jubilado sobre el margen del río Magdalena en el Punto 32. De este punto se sigue en sentido Suroriental en línea recta hasta el margen Oriental del río Magdalena al Punto 33. Se sigue en línea recta en sentido Nororiental al punto más al Sur de la Ciénaga Doña Francis en el Punto 34. Desde este se va por el margen Oriental de la Ciénaga Doña Francis hasta la intersección con el lomerío Fluvio Gravitacional mayor al 25% en el Punto 35. Continúa por el margen Oriental del lomerío Fluvio Gravitacional mayor al 25% hasta la intersección con la Ciénaga de Zapayán en el Punto 36. Siguiendo el borde Oriental de la Ciénaga de Zapayán hasta la intersección con el lomerío estructural erosional mayor al 25% en el Punto 37.

Del punto 37 se va por el margen oriental de la unidad geopedológica hasta el Punto 38 que es la intersección con la planicie aluvial menor al 7%. Se sigue por el margen oriental de la planicie pasando por los Puntos 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 49 y 50. Del Punto 50 se sigue hasta la cabecera municipal del municipio de Fundación siguiendo el margen de la planicie aluvial menor al 7% hasta el Punto 51. Desde este punto se sigue por el margen Norte del municipio de Fundación hasta el Punto 52, siendo esta la intersección con el lomerío Fluvio Gravitacional mayor al 25%. Del Punto 52 se sigue por todo el borde Oriental de la planicie aluvial menor al 7% pasando por los Puntos 53 a 81. De este punto sigue una línea recta en sentido Suroccidental hasta el Punto 82 en la intersección entre la planicie aluvial menor al 7%. Del Punto 82 se continúa por el margen Nororiental del municipio de ciénaga hasta la Costa en el Punto 83, desde el cual se sigue una línea perpendicular a la Costa hasta la isobata de los 6 metros en el Punto 84. Esta isobata va hasta el Punto 85 y de acá se conecta con el Punto 1.

Como respuesta al interrogante anterior, se responde:

El Decreto No. 3888 de 2009, mediante el cual se designa “como humedal para ser incluido en la Lista de Humedales de Importancia Internacional” y realiza la delimitación “de la zona Ramsar”, LIMITÓ jurídicamente el desarrollo de la actividad portuaria del proyecto portuario contemplado en el Contrato de Concesión No. 36 de 2007, al impedir el manejo de carbón mineral dentro del área concesionada, la cual se encuentra ubicada dentro de los límites geográficos del Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta, cuya área es de 528.600 hectáreas y un perímetro total de 579.800 metros lineales, en los límites y coordenadas descritas en el Decreto 3888 de 2009, y citado anteriormente.

No obstante, lo anterior, al limitarse el manejo del carbón mineral, es posible que se impactan las proyecciones de carga e ingresos contempladas por el Concesionario al realizar su solicitud de concesión, a tal grado que IMPIDA financieramente su desarrollo.

Por otro lado, pese a no derivarse directamente del Decreto No. 3888 de 2009, llamamos la atención sobre lo expresado por la entidad Barranquilla Verde sobre la situación de

que un porcentaje del área concesionada a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. pertenezca a la Zona de Recuperación Ambiental, lo cual impediría el desarrollo de actividades portuarias:

“el 28.887% de área concesionada para la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., pertenece a la Zona de Recuperación Ambiental (ZRA), donde no es permitido desarrollar actividades portuarias, las cuales van en contra de la recuperación ambiental del área de interés (ciénaga de Mallorquín) La zona de infraestructura de soporte para el desarrollo (ZISD), comprende el 6.19% del área concesionada a esta sociedad portuaria. Esta zona puede contener infraestructura, obras, y actividades producto de la intervención humana con énfasis en sus valores intrínsecos e históricos, culturales y económicos. La zona de infraestructura portuaria (ZIP), está definida por el POMCA 2007 como una subdivisión de la zona de infraestructura de soporte para el desarrollo, correspondiendo a esta clasificación en un 34% del área concesionada, con un total de 16.5 Ha destinadas al desarrollo de actividades propias de dicha sociedad portuaria.

(...)

Acorde con el POMCA 2017, la zona de preservación ocupada por la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín (2.33 Ha), en el año 2007 correspondía a Zona de Infraestructura Soporte al Desarrollo, lo que implica que hoy por hoy sobre esta porción ya concesionada no puede haber ningún tipo de intervención portuaria. (...)

Frente a al presunto incumplimiento, tenemos que el apoderado del Concesionario en sus descargos y alegatos manifestó:

La Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., centra la argumentación de sus descargos en la aplicación de figura jurídica contractual denominada “*Excepción de contrato no cumplido*”. Para el efecto fundamenta su aplicación en los siguientes argumentos:

1. El hecho de que el Contrato de Concesión portuaria objeto de la discusión es bilateral y sinalagmático y en consecuencia es lógicamente razonable pensar que la sociedad portuaria no puede ejecutar cabalmente sus obligaciones mientras que la Entidad consecuentemente no ejecute las propias.
2. Pese a que el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no señala dicha figura de manera expresa, en aplicación de los artículos 4, 13 y 32 del referido estatuto, son aplicables las normas y principios del régimen privado de contratación y en consecuencia el régimen general de las obligaciones
3. Afirma que en el presente caso se reúnen cada uno de los supuestos jurídicos para la aplicación de la institución jurídica, esto es, la existencia de un contrato sinalagmático, el incumplimiento cierto de una obligación, que el incumplimiento sea grave y determinante y ponga en situación de imposibilidad de cumplimiento a quien invoca la excepción, y que quien

39

invoca la excepción no es aquella parte contractual que debía en primer lugar ejecutar sus prestaciones.

4. Atendiendo a lo anterior, manifestó la sociedad portuaria que, al comprobarse la excepción de contrato no cumplido, la Administración pierde su facultad sancionadora respecto de los hechos que dan lugar al inicio del proceso precisamente porque se comprueba la mora en el cumplimiento obligacional de ambas partes como consecuencia de la conducta contractual de quien debe ejecutar en primer lugar en el tiempo.

Ahora bien, respecto de los fundamentos fácticos en los que soporta la excepción de contrato no cumplido, expresa la sociedad que el objeto del contrato implica *“el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva el área de uso público, descrita en la Cláusula Segunda del presente Contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la cláusula Octava de este Contrato, a favor de la Nación- Instituto Nacional de Vías -INVIAS y el Distrito de Barranquilla, o favor y en las condiciones que determine la Ley. 1.2. El objeto del presente contrato es entonces, la entrega a LA SOCIEDAD CONCESIONARIA del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinadas al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Octava del este contrato”*. Así las cosas, aduce que el objeto del contrato no se ha podido ejecutar desde su inicio, dado que la Zona de uso público que se otorgó en concesión no incluye áreas de uso público fluvial sobre el río Magdalena ni áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, hecho que fue conocido por Cormagdalena quien solicitó a la sociedad portuaria valorar las alternativas para adicionar las zonas que permitieran la ejecución del contrato.

Manifestó entonces que, atendiendo dicha sugerencia, la sociedad solicitó la modificación del contrato en la vigencia 2011 pero solo hasta el año 2016 se archivó dicha solicitud y por tanto, afirma la sociedad portuaria se le negó *“así la posibilidad física, técnica y jurídica de desarrollar el proyecto, lo que deriva en un incumplimiento contractual”*.

Es así que la sociedad en sus descargos expresa que: *“Por tal motivo, y aunque la zona de uso público otorgada en concesión fue entregada a la SPTM mediante acta suscrita el 12 de mayo de 2008, las condiciones de ubicación de la misma, es decir, que solo se otorgó en concesión un espejo de agua sobre la ciénaga de Mallorquín donde se construiría las áreas para el almacenamiento, y la falta de zona de uso público fluvial y terrestre ha hecho imposible la ejecución del proyecto en el tiempo, como en varias ocasiones lo hemos anunciado, por ende la utilización y explotación de las áreas concesionadas ha sido nula.”*.

Aunado a lo anterior, señaló que: *“como se manifestó en el literal anterior, el área de uso público descrita en la cláusula segunda del contrato no incluye áreas de uso público fluvial ni de uso público terrestre, cuya consecuencia técnica y jurídica es que el proyecto portuario no se puede desarrollar por que no se cuenta con áreas para la construcción de la superestructura portuaria. Lo anterior fue evidenciado por la Corporación en el Informe Técnico No. 17 del 26 de julio de 2006 emitido por la misma Corporación y en el concepto técnico sobre la solicitud de concesión portuaria No. 4246 DIMAR- DILEM- 02 del 13 de julio de 2006, entregado por la DIMAR en desarrollo del trámite de la solicitud de concesión portuaria, y pese a ello, la Corporación conceptuó de manera favorable el otorgamiento de la concesión y procedió a suscribir un contrato cuya ejecución técnica era imposible.”*

Atendiendo a esos argumentos, manifestó la sociedad portuaria que por más de diez (10) años la concesión pactada por treinta (30) años no ha podido ser ejecutada, es decir desde su inicio hasta la presente fecha. Lo anterior arguyendo que: *“nunca le cumplieron con la entrega de las áreas de uso público fluvial ni de uso público terrestre, que eran necesarias para la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007.”*

De igual forma, respecto de la contraprestación pactada, expresó el concesionario que procedió a pagar ocho (8) anualidades anticipadas pero que también ha incurrido en gastos adicionales como: *“el pago de la prima de la pólizas de seguros, el pago del servicio de vigilancia privada, el pago de los estudios requeridos por la Corporación dentro del contrato, el pago de los honorarios de los abogados para la instauración y trámite de los procesos policivos de desalojo de la zona de uso público otorgada en concesión, el pago de impuestos, y de otros gastos derivados de las obligaciones contractuales y legales, sin que Cormagdalena haya cumplido con sus obligaciones, concesión.”*. Precisamente frente a este punto del pago de la contraprestación indicó que, esta operaba solo bajo la circunstancia de que la Entidad entregara las zonas necesarias para que el objeto de la concesión y las obligaciones derivadas de esta pudieran ejecutarse cabalmente, pero que como queda evidenciado las zonas otorgadas y que no fueron objeto de modificación por parte de la Entidad, no permiten la ejecución de lo contratado. En ese sentido, el concesionario manifestó textualmente, lo siguiente:

“Pero en una interpretación lógica de la cláusula del objeto del contrato, se debería entender que la expresión “a cambio de la contraprestación” se refiere a que el concesionario solo debería pagar si las demás condiciones del objeto se cumplen, es decir, que si es efectiva y real la ocupación, utilización y explotación de una zona de uso público otorgada en concesión por un tiempo determinado para la prestación de un servicio público, como lo es la actividad portuaria. En caso contrario, es decir, en el caso de que dicha ocupación, utilización y explotación no sea posible, no se debería exigir al contratista cumplimiento alguno, esto es pagar la contraprestación, en aplicación de la Excepción de Contrato No cumplido, ya que de hacerlo se estaría pagando lo no debido y habría un enriquecimiento sin causa por parte del Estado, porque en realidad el concesionario no está recibiendo nada a cambio por el pago de esa contraprestación.”

La Sociedad Portuaria Terminal Mallorquín S.A.S., concluye sus descargos y alegatos manifestando que con ocasión de la Expedición del Decreto 3888 de 2009 expedido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el contrato se vio afectado por cuanto *“involucró el puerto dentro de la zona Ramsar”*. Finalmente, el Concesionario concluyó, lo siguiente :

“De conformidad con lo anterior, la SPTM no estará obligada a realizar el pago de las anualidades 9, 10, 11, 12 y 13, ni de ningún otro pago relacionado con esta concesión portuaria, en aplicación de la excepción del contrato no cumplido, y a contrario sensu, los invitamos nuevamente a sentarnos a revisar las contingencias presentadas y la omisión de CORMAGDALENA en resolverlas a lo largo de estos años, causando graves y cuantiosos perjuicios a la SPTM, con el fin de lograr un equilibrio contractual en el que no solo una parte, en este caso el Estado, devengue una remuneración, mientras la otra, es decir la SPTM, solo está obligada a cubrir gastos sin poder desarrollar la concesión portuaria, o de desarrollarla incurriendo en cuantiosos gastos que desequilibran gravemente la ecuación contractual.”

Una vez establecido lo anterior, estudiaremos los argumentos planteados por el Concesionario de manera general a todos los presuntos incumplimientos, así:

6.3.1.1. Excepción de contrato no cumplido.

Si bien es cierto, dentro de los descargos y alegatos dados por la apoderada del contratista concesionario se hace referencia a la excepción de contrato no cumplido, por ello se procede a analizar el planteamiento de la excepción de contrato incumplido de conformidad con el artículo 1609 del Código Civil, de acuerdo con la jurisprudencia unificada¹⁰ 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 acreditado en el expediente contractual tenemos que el Concesionario, no cumplió sus obligaciones que eran primero en el tiempo, correspondiente al pago de la contraprestación, y segunda, la actualización de las garantías, obligaciones que se suscribieron y pactaron desde la suscripción del contrato hecho que se dio para el año 2007.

Si bien es cierto el contrato de concesión es bilateral y sinalagmático, es decir que genera obligaciones entre las partes, como lo indica la concesión en sus descargos, pero para este caso en concreto no hay obligación o carga alguna que debiera asumir Cormagdalena para que la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, presentara en la solicitud de concesión las zonas mínimas indispensables para poder ejecutar el contrato de concesión en debida forma, y realizar el pago de la contraprestación mensual conforme se pactó en dicho contrato.

Ahora bien se precisa que dentro de las pruebas por informe dadas dentro del procedimiento administrativo sancionatorio con sus respectivas complementaciones y aclaraciones se puede evidenciar que la Sociedad Portuaria Mallorquín S.A., dentro de la solicitud de concesión no solicitó las zonas que se requerían para la ejecución del contrato de concesión, en este orden de ideas la Interventoría en la respuesta a la prueba por

¹⁰ Sentencia 25000232600020000125101 (36837), Jul. 08/16, C. P. Stella Conto

informe dada manifiesta: “(...) las zonas entregadas en concesión en virtud del contrato No. 036 de 2007 no incluye área de uso público fluvial, de igual manera no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental y es claro que el tajamar es una obra de encauzamiento donde se localiza la vía y la línea férrea, usadas por parte de la nación para realizar el mantenimiento de esta estructura.” Con fundamento en lo anterior se puede corroborar la falta de diligencia por parte del Concesionario, hecho probado dentro del presente procedimiento administrativo.

Es menester indicar la falta de diligencia y no aplicación del principio de planeación en la solicitud y ejecución del Contrato de concesión Portuaria, por parte del Concesionario al no incluir dentro de la solicitud de concesión las zonas de uso las áreas de uso público fluvial y terrestre, zonas indispensables para la construcción de muelles y así poder ejecutar el proyecto portuario, era un riesgo previsible para el Concesionario, el cual tiene conocimiento desde el año 2007 sin que a la fecha el concesionario haya actuado diligentemente, ya que por su experiencia y experticia sabía que era de vital importancia dichas zonas.

No obstante, lo anterior, el Concesionario ante el acaecimiento de las circunstancias que se endilgan como incumplimiento, solicitó a Cormagdalena modificar (adicionar las zonas) y suspender la ejecución del mencionado contrato, sin embargo, ambas solicitudes fueron negadas mediante la Resolución 370 del 4 de octubre de 2016, la cual se fundamentó en:

CONSIDERACIONES

(...)

Que en atención que la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. presentó los documentos y requisitos exigidos en la ley 1ª de 1991 y el Decreto 4735 de 2009 éste último vigente para la época, para iniciar el trámite de modificación de un contrato de concesión portuaria; se dio aplicación a lo dispuesto en el artículo 10 de la ley 1ª de 1991 y se citaron las autoridades a que se refiere el inciso segundo del artículo 10 ibidem y el artículo 24 del Decreto 4735 de 2009. Ante lo cual, como no hubo oposiciones a la solicitud, ni se presentaron otras propuestas alternativas, sólo se debatirá sobre el proyecto del peticionario.

Que igualmente, conforme lo ordenada el artículo 12 del Decreto 4735 de 2009, se remitieron a las autoridades mencionadas en el artículo 10 de la ley 1ª de 1991, copia de la solicitud de modificación del contrato de concesión portuaria.

Que por resolución 000088 del 5 de abril de 2011, se fijó el día 26 de abril de 2011 a las 10:00 A.M. para celebrar la audiencia pública dentro del proceso de modificación del contrato de concesión portuaria No. 36 de 2007, la cual fue llevada a cabo conforme consta en el acta de Audiencia Pública, suscrita por los asistentes a la misma.

Que por oficio No. 0388 del 06 de mayo de 2011, el Secretario de Planeación Distrital de Barranquilla, en nombre del Distrito de Barranquilla, emitió concepto INCOVENIENTE respecto de la solicitud de modificación del contrato N. 36 de 2007 para la adición de bienes de uso público, al considerar que la ampliación del área concesionada sin aumentar el volumen de carga, significa una ineficiente explotación de dichas zonas y no se fomenta el uso racional del recurso costero para fines portuarios del puerto de Barranquilla, tema que estima fundamental para el futuro de la ciudad. El interés del Distrito de Barranquilla, es contribuir a mejorar la oferta de servicios portuarios para aprovechar la economía de escala y generar un desarrollo económico sostenible, no es con la baja utilización de los recursos costeros por demás escasos, como se logra este propósito.

Que aunado a lo expuesto, el Distrito señala que parte del área concesionada se encuentra ubicada sobre el Tajamar, siendo éste de interés general y vital para la actividad portuaria de todo el Puerto de Barranquilla, por lo que cualquier utilización de la zona debe evaluarse suficientemente para garantizarle a la ciudad la operación del Puerto.

En ese orden de ideas, Cormagdalena rechazó las solicitudes de modificación al Contrato de Concesión, atendiendo el concepto emitido por el Secretario de Planeación Distrital de Barranquilla, concepto que es vinculante conforme al artículo 17 de la Ley 1 de 1991, modificado por el artículo 102 de la Ley 1955 de 2019.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que el Contrato de Concesión, continuó en ejecución, de manera que, a criterio de la firma interventora del mismo, existen obligaciones pendientes de cumplimiento por parte de la Concesión más no de Cormagdalena, en los términos en las que fueron contraídas, de conformidad con lo señalado en el informe de fecha 18 de septiembre de 2020.

Así mismo, se puede observar que, en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio contractual en curso, no se observa documento o prueba alguna que acredite la diligencia y gestión de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, es así que fueron rechazadas las solicitudes de modificación y la concesión no adelanto trámite algún al respecto con el fin de poder cumplir con el objeto contractual de la concesión.

Debe tenerse en cuenta que las presuntas circunstancias que han imposibilitado su cumplimiento, no equivalen a la automática sustracción de la ejecución de sus obligaciones contractuales, y por ende, el Concesionario tiene la carga de demostrar el rompimiento del

equilibrio del contrato estatal, debido a que no cualquier hecho tiene la vocación de trastornar o variar las expectativas que tenía el contratista respecto de los resultados económicos del contrato, en razón a que existen unos riesgos inherentes a la misma actividad contractual, que deben ser asumidos por él.

En igual sentido, se observa de las pruebas que obran en el expediente del procedimiento sancionatorio, que la Corporación el 21 de septiembre de 2010, en respuesta a una solicitud presentada por el concesionario, le requirió al concesionario nuevamente revisar técnicamente todo el proyecto portuario, así como la entrega bimensual de un informe de avance para constatar su gestión en la solución de los requerimientos ambientales impuestos con fundamento en el Decreto No. 3888 de 2009, y en relación con este punto, no se observa trámite alguno adelantado por el concesionario.

Es por las razones ya expuestas 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 el no pago de la contraprestación y la no actualización de las garantías, conforme a las estipulaciones contractuales adquiridas, es una obligación netamente del Concesionario que se ha venido evadiendo sin diligencia alguna por parte del mismo, conforme a lo expuesto con anterioridad.

6.3.1.2. Coordenadas dentro del Contrato de Concesión

De acuerdo con la solicitud presentada por la Sociedad Portuaria de fecha 31 de marzo de 2006, se tienen las siguientes coordenadas:

ZONA DE USO PÚBLICO		
PUNTO	NORTE	ESTE
M1A	1714100,385	917144,512
M2	1714077,061	917209,938
M49	1714090,239	917223,551
M50	1714538,012	916793,809
M51	1715269,036	916284,098
M52	1715475,385	916048,690
M1D	1715449,622	916091,547
M1C	1715237,533	916245,109
M1B	1714506,209	916755,029
M1A	1714100,385	917144,512

ZONA ADYACENTE		
PUNTO	NORTE	ESTE
M1A	1714100,385	917144,512
M1B	1714506,209	916755,029
M1C	1715237,533	916245,109
M1D	1715426,104	916069,335
M53	1715269,857	915809,443
M54	1713512,700	917119,919
M55	1713617,582	917166,447
M55A	1713669,154	917187,057
M55B	1713725,094	917190,262
M56	1714018,770	916948,120
M12	1714105,364	917064,231
M1	1714105,415	917130,402
M1A	1714100,385	917144,512

Si bien es cierto, y de conformidad con las coordenadas solicitadas por la sociedad Portuaria y entregadas mediante acta de entrega del 12 de mayo de 2008, como se puede observar y de acuerdo con la delimitación realizada, las zonas solicitadas en concesión mediante contrato No. 036 de 2007 no incluyen área de uso público fluvial, de igual manera no incluye áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental y es claro que el tajamar es una obra de encauzamiento donde se localiza la vía y la línea férrea, usadas por parte de la Nación para realizar el mantenimiento de esta estructura.

Ahora bien, frente a lo anterior, la Interventoría dentro de la respuesta a la prueba por informe indicó, lo siguiente:

“En cuanto a las áreas de uso público fluvial, el contrato no puede ser ejecutado sin una zona de uso fluvial, puesto que la operación de todas las concesiones a lo largo del río Magdalena se desarrolla por el mismo, los buques que ingresan al puerto de Barranquilla utilizan el canal navegable del río para dirigirse a cada una de las sociedades portuarias que se encuentran a los (sic) largo de las orillas del río, si no se tiene zona de uso público en agua, no se podrá realizar ningún tipo de operación desde el agua, que es la razón de ser de este puerto sobre el río. Por lo tanto, a juicio de esta interventoría el concesionario incurrió en un error al momento de la solicitud de las zonas de concesión, toda vez que en dicha solicitud no se incluyó la zona de uso público en agua.

En cuanto a las áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, se puede apreciar en las fotografías que en la orilla del río no hay espacio necesario para desarrollar un muelle, y solo se podría desarrollar la zona administrativa y de bodegas al otro lado de la línea férrea y específicamente fuera del tajamar, así mismo es claro que considerando el trazado de la línea férrea sobre el tajamar occidental no se podría ejecutar ninguna infraestructura sobre esta vía pública que va hasta la punta norte de esta estructura y que funciona como acceso a otras sociedades portuarias ubicadas en este tramo y también como atracción turística.”

En este orden de ideas, se reitera la falta de planeación por parte de la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, desde la solicitud de concesión que adelantó en 2006 a Cormagdalena, al no solicitar las zonas indispensables como lo son el área de uso público fluvial, y áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental, para la ejecución de la concesión, por otra parte el concesionario solicitó la adición de las zonas, solicitud que fue negada en atención al concepto inviable emitidos por el Secretario de Planeación Distrital de Barranquilla, sin pronunciarse o adelantar gestión alguna para superar este evento. Ahora bien, la no incorporación de estas zonas era un riesgo previsible para la concesión ya que Mallorquín desde su experiencia y experticia tenía el conocimiento que sin estas zonas era de imposible cumplimiento el objeto de la concesión, en este evento el riesgo generado por la falta de diligencia está en cabeza del concesionario.

Precisamente, sobre este particular diferentes pronunciamientos que existen en materia de riesgos, realizados por el Conpes, el Consejo de Estado y Tribunales de Arbitramento sobre la materia, determinan la distribución de riesgos que procede en los contratos de concesión como el que nos ocupa.

Por ejemplo, se resalta que de conformidad con el Conpes 3107 de 2001, los riesgos de la operación portuaria corresponden a:

“...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 concesionario 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,

47

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...”¹¹

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.

(...)

*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.**”¹² (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

¹¹ 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-.

¹² 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).

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. (...)»¹³
(Negrilla y subrayado fuera de texto).

Como se evidencia de lo reseñado con anterioridad, se puede observar la falta de diligencia por parte del concesionario y la no aplicación al principio de planeación al momento de presentar la solicitud de concesión ante Cormagdalena, ya que para este era previsible el riesgo inminente que se corría al no incluir las áreas de uso público fluvial sobre el Río Magdalena ni las áreas de uso público terrestre sobre el tajar occidental, zonas indispensables para la ejecución del contrato de concesión, por lo cual queda demostrado que la gestión del riesgo frente a la no solicitud de estas zonas está en cabeza del concesionario más no de la Corporación, ahora bien se precisa que los riesgos en el contrato de concesión están a cargo del concesionario y este debe asumir lo que debió prever y no atendió en debida forma desde la solicitud de concesión, siendo como es, un profesional de la actividad.

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 la entrega de las zonas y coordenadas que le fueron solicitadas dentro del documento denominado “SOLICITUD CONCESIÓN PORTUARIA PARTICULAR DE SERVICIO PÚBLICO” presentado por la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A. b) El Concesionario conocía de manera previa a la firma del mismo contrato de concesión 036 de 2007, las actividades que debía y pretendía desarrollar en la zona a concesionar y aun así no solicitó las áreas de uso público fluvial sobre el Río Magdalena ni las áreas de uso público terrestre sobre el tajar occidental. c) Que el Concesionario solicitó a Cormagdalena la adición de las zonas ya descritas, solicitud que fue rechazada de manera fundamentada; d) Que, una vez rechazada la solicitud de adición, no se observó diligencia alguna por parte del Concesionario para emendar la situación que se presentaba. e) Que, desde la suscripción del contrato, es decir, desde la vigencia 2007 al presente año, no se

¹³ 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).

tiene evidencia de la ejecución del contrato ni al menos, de actividades tendientes a su desarrollo.

Que con fundamento en lo anterior, se observa que el contratista no fue diligente, ni tuvo una planeación plena al momento de la solicitud de la concesión, pues no incluyó las zonas indispensables para la ejecución del contrato como lo son áreas de uso público fluvial sobre el Río Magdalena ni las áreas de uso público terrestre sobre el tajamar occidental.

Frente a este argumento, este despacho considera que no le asiste la razón a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., por las razones mencionadas con anterioridad.

6.3.1.3. Expedición del Decreto 3888 de 2009.

En atención a los descargos y alegatos presentados por la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., en el proceso de presunto incumplimiento, argumenta que con la expedición del Decreto 3888 de 2009, proferido por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, el contrato se vio afectado por cuanto “*involucró el puerto dentro de la zona Ramsar.*” Para ahondar este tema, es menester referirnos inicialmente al Decreto 224 del 2 de febrero de 1998, el cual se modifica a raíz de la expedición del Decreto 3888 de 2009.

“(…)

Que en virtud de lo anterior, mediante el Decreto 224 del 2 de febrero de 1998, el Gobierno Nacional, designó como humedal para ser incluido en la Lista Ramsar, el Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta, siendo definida su localización en las coordenadas 10° 20' 11" de latitud Norte y 74° 06' 74" de longitud, ubicado en parte noroccidental del departamento del Magdalena, conformado por una intrincada red de caños, ríos, pantanos y planicies aluviales y un conjunto de lagunas costeras que cubren un área de aproximadamente unas 400.000 ha (Sic).

Que la selección de dicho humedal se produjo, entre otras, por las siguientes características: es la laguna costera más grande de Colombia; tiene un valor socioeconómico representado por los recursos pesqueros y las actividades agropecuarias de las cuales dependen las poblaciones palafíticas de la región y otras comunidades asentadas en esta zona; es un área con diversidad biológica, debido a los diferentes tipos de vegetación como manglares, bosques inundados estacionalmente, vegetación herbácea y fitoplancton, la cual suministra diferentes hábitats, cobertura y alimento para especies de mamíferos, reptiles, anfibios, ictiofauna e invertebrados; se destaca la diversidad de aves, cuenta con una de las mayores concentraciones de patos migratorios de toda la región del Gran Caribe, siendo un territorio importante dentro de la dinámica migratoria de varias poblaciones, incluyendo del norte del continente americano y es un sitio de reproducción para muchas aves del norte colombiano.

Que a partir del año 2004, como corolario del trabajo que el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en materia de protección y recuperación de los ecosistemas de humedal viene adelantando, reglamentó su uso sostenible, conservación y manejo a través de la Resolución 157 de 2004, desarrollando aspectos referidos a los mismos en aplicación de la Convención Ramsar. Dentro de la dinámica de trabajo propuesta se incluye la elaboración y ejecución de un Plan de Manejo en el que se contempla la delimitación, caracterización, zonificación y reglamentación de sus usos, en consideración a los criterios biofísicos, ecológicos, geográficos y socioeconómicos, entre otros. (...)

De manera que, en virtud de la adhesión a la Convención Ramsar y la normatividad que se desarrolló con fundamento en ella (PNHIC, Resolución 157 de 2004 y Resolución 196 de 2006), tenemos que, en todos los humedales, sean parte de la lista o no; las actividades deben estar enmarcadas dentro del concepto de uso racional del ecosistema y propender por su mantenimiento y sostenibilidad, actividad que no se observa haya sido adelantada por la Sociedad.

Ahora bien, en los antecedentes de la ejecución del Contrato de Concesión Portuaria No. 36 del 14 de noviembre de 2007, suscrito entre CORMAGADALENA y LA SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUÍN S.A., se dio la expedición del Decreto No. 3888 del 8 de octubre de 2009, donde se incluyó en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 357 de 1997, el Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta.

Este Decreto modificó la extensión del Sistema Delta Estuario del Río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta, ampliando su extensión de 400.000 hectáreas a 528.600 hectáreas, incluyendo como zona de protección ambiental el Tajamar Occidental del Río Magdalena y la Ciénaga de Mallorquín, ubicadas en el Distrito de Barranquilla

En ese sentido, la situación que sobrevino con posterioridad a la suscripción del Contrato de Concesión, es decir, la expedición del Decreto 3888 de 2009, no fue algo nuevo para la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín, ya que este Decreto lo que hizo fue modificar el artículo 1° del Decreto 224 de 1998, el cual reza: “*Desígnase como humedal para ser incluido en la Lista de Humedales de Importancia Internacional, en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 357 de 1997, El Sistema Delta Estuarino del Río Magdalena, Ciénaga Grande de Santa Marta, que se encuentra localizado en las coordenadas 10°20’-11°05’ de latitud norte y 74°06’- 74°52’ de longitud oeste, ubicado en la parte noroccidental del departamento del Magdalena, conformado por una intrincada red de caños, ríos, pantanos y planicies aluviales y un conjunto de lagunas costeras que cubren un área de 400.000 ha.*” es decir que desde 1998, se había designado la lista de humedales de Importancia Internacional y que no era un acontecimiento nuevo o imprevisto, sino una situación que debió tener presente el concesionario y no desconocer dada su experiencia y experticia.

Por otra parte, se puede observar que el Concesionario no ha demostrado ante Cormagdalena, el impedimento sustancial en el desarrollo de sus obligaciones, a raíz de las normas anteriormente relacionadas, es por ello que a nuestro criterio y de conformidad material probatorio obrante en el proceso, no se encuentran los elementos necesarios que puedan eximir de responsabilidad al contratista.

Cabe precisar que, en relación con la ejecución del contrato, se pueden presentar circunstancias externas que afecten la dinámica contractual. En lo relativo a la fuerza mayor

como causa que determina la imposibilidad en el cumplimiento de la obligación, el Consejo de Estado¹⁴, ha señalado que:

*“La ejecución del contrato estatal puede tornarse imposible por la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor, en cuyo evento la parte incumplida estará eximida de responsabilidad, porque el daño no le resulta jurídicamente imputable. La fuerza mayor se produce, como se indicó, cuando el hecho exógeno a las partes es imprevisible e irresistible en las condiciones igualmente señaladas, con la precisión de que la irresistibilidad, en materia contractual, se traduce en la imposibilidad absoluta para el contratante o contratista de cumplir sus obligaciones en las condiciones o plazos acordados.”*¹⁵ (Cursivas fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, para que un determinado acontecimiento o suceso se constituya en una fuerza mayor, con la virtualidad de liberar al contratista de su obligación, éste debe ser imprevisible, es decir, que razonablemente no se hubiera podido prever su ocurrencia; irresistible e inevitable, es decir, que no se hubiera podido evitar previamente o atenuar las consecuencias nocivas de su producción; y debe ser totalmente ajeno a la voluntad y actividad del contratista.

Al respecto, el máximo órgano de la jurisdicción Contencioso Administrativa, ha manifestado que, el equilibrio económico del contrato estatal, puede verse alterado por actos y hechos de la administración o por factores externos o extraños a las partes involucradas en la relación contractual. A los primeros se les denomina “*hecho del príncipe*”, y “*potestas ius variandi*” (álea administrativa), mientras que a los supuestos que emergen de la segunda fuente, se les enmarca dentro de la denominada “*teoría de la imprevisión*” y paralelamente en la “*teoría de la previsibilidad*”.

Sin embargo, como se evidencia de lo indicado en líneas anteriores, se puede observar la falta de diligencia reiterada por parte del concesionario y el desconocimiento de las normas que tienen relación con la actividad portuaria, respecto de las cuales se esperaría que por ser un profesional de la actividad, conocería en detalle.

Por todo lo anterior, es claro para este Despacho que el argumento expuesto por el Concesionario carece de fundamento, teniendo en cuenta que: a) No se ha demostrado la afectación directa e inminente que argumenta el contratista que tuvo la concesión con la expedición del Decreto 3888 de 2009. b) Que la expedición de este Decreto no es algo nuevo si no una modificación al artículo 1° del Decreto 224 de 1998. C) Que la expedición de este Decreto se dio hace más de diez (10) años, y que no se tiene prueba de la diligencia por parte del contratista para poder dar continuidad a la ejecución del Contrato de Concesión. d). Que, desde la suscripción del contrato, es decir, desde la vigencia 2007 al presente año no se tiene ejecución alguna al contrato. Conforme a lo anterior, podemos advertir que del expediente contractual, no se ha evidenciado una prueba conducente,

¹⁴ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Bogotá D.C., diez (10) de noviembre de dos mil cinco (2005) Radicación número: 25000-23-26-000-1994-00448-01(14392)

¹⁵ Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Laudo Arbitral del 26 de julio de 2018. Controversias contractuales entre Oleoducto Central S.A. -OCENSA y la Agencia Nacional de Infraestructural - ANI

pertinente y útil, que acredite, gestión alguna del concesionario respecto de propuestas y soluciones frente a esta situación, y por ende, se han seguido generando los cobros de las anualidades pactadas en el Contrato de Concesión, y que la Sociedad Portuaria Regional de Mallorquín, que hasta la fecha no ha cancelado, y que es evidente la mora en el pago de la contraprestación..

Frente a este argumento, este despacho considera que no le asiste la razón a la Sociedad Portuaria Terminal de Mallorquín S.A., por las razones mencionadas con anterioridad.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, frente al incumplimiento de no pago de contraprestaciones número 11,12, y 13, este despacho encuentra que están pendientes de ejecutar, que no existe eximente de responsabilidad para el no cumplimiento de dichas obligaciones y que los argumentos planteados por el Concesionario, que fueron debidamente desarrollados, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y el análisis realizado por este despacho, no tienen la vocación de prosperar conforme a lo reseñado.

6.3.3 No Actualización de Garantías Contractuales:

Aunado a lo anterior, tenemos que la segunda obligación objeto de presunto incumplimiento para el presente procedimiento, se encuentra pactada en la cláusula novena del Contrato de Concesión No. 036 de 2007, que estipula:

“CLÁUSULA NOVENA – GARANTÍAS. (...) 9.2.1 *Garantía de Cumplimiento de las Condiciones Generales de la Concesión.* (...) *El termino de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y seis (6) meses más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y seis (6) meses más. La garantía se expedirá por periodos de cinco (5) años y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de tal manera que se garantice el término anterior conforme a lo establecido en los artículos 8 y 9 del Decreto 708 de 1992.* 9.2.2 *Garantía de Responsabilidad Civil Extracontractual.* (...) *El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y dos (2) años más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y dos (2) años más. Se expedirá por periodos de un (1) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento.* 9.2.3 *garantía para el Pago de Salarios, Prestaciones Sociales, e Indemnización de Personal.* (...) *El término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y tres (3) años más, y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo termino y tres (3) años más. Se expedirá por periodos de un (1) año y deberá prorrogarse en cada vencimiento.”*

Asimismo, la Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión, al relacionar las obligaciones del Concesionario, dispuso que este último debía mantener vigentes las pólizas, así:

“CLAUSULA DÉCIMA TERCERA – OBLIGACIONES DE LA SOCIEDAD CONCESIONARIA: *LA SOCIEDAD CONCESIONARIA se obliga para con LA CORPORACIÓN a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales*

necesarias para el desarrollo del presente contrato, en especial, con las siguientes. (...) 13.12. Mantener vigentes las pólizas que se constituyan durante la ejecución de la concesión y reponer su monto cada vez que se reajuste, disminuya o agote.”

Frente a este presunto incumplimiento, tenemos que el apoderado de la aseguradora en sus descargos manifestó lo siguiente:

“(...) En primer lugar, la aseguradora inicia su intervención manifestando que a la fecha se encuentra prescrita cualquier acción que se pueda interponer dado que la vigencia de la póliza a de seguro de cumplimiento No. 1001313000127 por cuanto su vigencia feneció el día 13 de mayo de 2018. Aunado a lo anterior, predica que cualquier incumplimiento incurrido con posterioridad al 12 de mayo de 2018 no está cubierto por haber sucedido por fuera de la vigencia de la cobertura de cumplimiento.

Señala así mismo que, precisamente uno de los incumplimiento que se endilgan, referido a la no actualización de las pólizas “se convierte en el sustento para demostrar cómo es cierto que desde el 12 de mayo de 2018 expiró la cobertura de cumplimiento correspondiente a los dos hechos materia de este procedimiento, y que han transcurrido más de dos años desde que se produjo el último incumplimiento cubierto por la póliza del cual tuvo conocimiento Cormagdalena sin que se hubiese adelantado en todo este periodo una acción en contra de la aseguradora para exigir el derecho derivado de la póliza, y que los incumplimientos que se sucedieron a partir del 13 de mayo de 2018 no están cubiertos por inexistencia del amparo que se encuentra extinguido.”.

Ahora bien, una vez abierto el período probatorio, no se decretó o solicitó por parte de los apoderados tanto de la concesión como de la aseguradora, prueba alguna frente al cargo relacionado.

Por su parte, la apoderada de la compañía garante en sus diferentes escritos reiteró que a la fecha se encuentra prescrita cualquier acción que se pueda interponer dado que la vigencia de la póliza de seguro de cumplimiento No. 1001313000127, feneció el día 13 de mayo de 2018. Aunado a lo anterior, predica que cualquier incumplimiento incurrido con posterioridad al 12 de mayo de 2018 no está cubierto por haber sucedido por fuera de la vigencia de la cobertura de cumplimiento.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que dentro del expediente administrativo sancionatorio no obra prueba respecto de la actualización de las pólizas por parte del contratista, a continuación, se relaciona la última comunicación de aprobación de garantías No. 2013102239 del 7 de octubre de 2013, expedidas por Seguros Mapfre, así:

Póliza No.	Aseguradora	Amparo	Vigencia
1001313000127 Certificado No. 1	Seguros MAPFRE	Cumplimiento del Contrato	27/03/2013 - 15/05/2018
		Pago de Salarios y Prestaciones Sociales e Indemnizaciones del Personal	27/03/2013 - 27/09/2020
1001213003196 Certificado No. 1		Responsabilidad Civil Extracontractual	26/03/2013 - 26/09/2018

Que como se puede observar la garantía de cumplimiento feneció, hecho que ocurrió el 15 de mayo de 2018, circunstancia que fue planteada por la apoderada del Garante en los descargos presentados, así:

(...) la fecha se encuentra prescrita cualquier acción que se pueda interponer dado que la vigencia de la póliza a de seguro de cumplimiento No. 1001313000127 por cuanto su vigencia feneció el día 13 de mayo de 2018. Aunado a lo anterior, predica que cualquier incumplimiento incurrido con posterioridad al 12 de mayo de 2018 no está cubierto por haber sucedido por fuera de la vigencia de la cobertura de cumplimiento (...)

Cobra mayor peso el argumento anterior, bajo el hecho que la entidad a través de oficio No. 20180300940 de fecha 5 de mayo de 2018, solicitó al Contratista la renovación de las pólizas de cumplimiento, aunado a lo anterior, CORMAGDALENA indicó que el 12 de agosto del 2019, MAPFRE Colombia mediante el oficio con radicado N.º 201902004359, solicitó los términos y condiciones para expedición de pólizas, lo que evidenció que, a dicha fecha, no se contaba con pólizas renovadas. Por otra parte, la Interventoría solicitó a la Sociedad Portuaria Mallorquín copia de las pólizas actualizadas y su respectiva aprobación por parte de CORMAGDALENA, mediante los comunicados No. CINP – 484 –017–2384 de fecha 22 de julio de 2020 y CINP – 484 –038–2742 de fecha 21 de agosto de 2020, sin que se recibiera o manifestara razón alguna por parte del Concesionario.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, frente a la causal de incumplimiento por no actualización de garantías, este despacho encuentra que está pendiente de ejecutar, que no existe eximente de responsabilidad para el no cumplimiento de dicha obligación, de conformidad con las pruebas obrantes en el expediente y el análisis realizado por este despacho.

6.3.4. Prescripción del contrato de seguro

La apoderada de la Compañía Garante, presentó un argumento sobre prescripción del contrato de seguro, el cual procederá a analizar el despacho.

Ahora bien, frente al punto de la prescripción observamos, como argumenta la aseguradora que, de la lectura del artículo 1081 del Código de Comercio se colige fácilmente como opera la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, en los siguientes términos:

“La prescripción ordinaria que “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”.

Y la prescripción extraordinaria que será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.”

Corolario de lo anterior, indica que, en tesis desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y acogida por el Consejo de Estado, la prescripción ordinaria *“se basa en un factor subjetivo, el cual consiste en el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción, y la prescripción extraordinaria, la cual se fundamenta en un elemento objetivo.”*, este último empieza a contarse desde el momento en el que nace el derecho.

De igual manera indica la aseguradora que en materia de seguros la obligación indemnizatoria se da con la ocurrencia del riesgo asegurado, ello con fundamento en el artículo 1073 del C. Co. Es en virtud de esto, que la aseguradora expresa que en tratándose del amparo de cumplimiento respecto de entidades estatales, la concreción del riesgo se representa en cuatro hechos: *“1) El incumplimiento total o parcial del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista, 2) El cumplimiento tardío o defectuoso del contrato, cuando el incumplimiento es imputable al contratista, 3) Los daños imputables al contratista por entregas parciales de la obra, cuando el contrato no prevé entregas parciales; 4) El pago del valor de las multas y de la cláusula penal pecuniaria.”* Con fundamento en esto indica que para estos casos, el computo del término para la prescripción, deberá contarse a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del incumplimiento.

En esta misma línea, la aseguradora señala que la jurisprudencia administrativa, prevé que: *“el acto administrativo que declara el incumplimiento y por ende la ocurrencia del siniestro debe producirse dentro de los dos años siguientes al conocimiento que tenga la administración o razonablemente haya podido tener de la ocurrencia del siniestro.”* Es así que, extrapolando dichos argumentos al caso en concreto, la aseguradora expresa que cualquier incumplimiento debió haberse declarado por la Entidad dentro del término de dos (2) años contados a partir de la verificación de los hechos y bajo el entendido que cualquier incumplimiento cuya ocurrencia se hubiese ocasionado con posterioridad al 12 de mayo de 2018 se encontraba fuera de la vigencia del amparo. Por lo anterior, asegura que la Entidad tenía hasta el 12 de mayo de 2020, para declarar el incumplimiento, puntualizando su argumento indicando que respecto del incumplimiento por no actualizar la vigencia de las pólizas: *“Cormagdalena lo supo todo el tiempo desde que se venció este plazo, y en todo caso estaba obligada a conocer este hecho considerando que se trata de una obligación contractual de un contrato celebrado por la misma entidad, que además estaba sujeta a un plazo y este era la fecha de expiración de la cobertura.”*

En sus descargos la aseguradora manifestó que: *“el incumplimiento de la obligación de pago de las anualidades causadas hasta la fecha de vencimiento del término de cobertura, vale decir, hasta el 12 de mayo de 2018, que corresponden a las anualidades 9, 10 y 11, cuyos vencimientos se produjeron en noviembre de 2015, 2016 y 2017, debía declararse dentro de los dos años siguientes a tales vencimientos, es decir, hasta noviembre de 2017, 2018 y 2019, en su orden porque tratándose de plazos específicos, estos eran conocidos por CORMAGDALENA determinando que desde su verificación sin que se procediera con*

56

la prestación debida era conocedora del hecho que da base a la acción y por consiguiente empezaron a correr los términos de la prescripción ordinaria para exigir cada pago pendiente”.

Por último, indicó que respecto del incumplimiento por el no pago de las anualidades ocurridas con posterioridad al 12 de mayo de 2018, no podría endilgársele o imputársele el pago a la aseguradora, precisamente por el hecho de que a partir de la referida fecha, el contrato de concesión portuaria no se encontraba asegurado y por ende, debe ser claro que: *“la póliza cubre únicamente los eventos que se hayan realizado dentro de ese periodo de vigencia, quedando fuera de su alcance los sucedidos antes de su emisión o después de su Expiración”..(…)”*

De igual manera, efectuado el análisis del Artículo 1081 del Código de Comercio, el cual dispone la forma en la que opera la prescripción ordinaria y extraordinaria de las acciones derivadas del contrato de seguro, es posible y acertado concluir que para los efectos del presente procedimiento de incumplimiento, no es viable imputar las eventuales consecuencias económicas de su declaratoria a la compañía garante, por cuanto han transcurrido más de dos (2) años desde el conocimiento de los hechos que fundamentan la presente decisión. Sobre el particular el Consejo de Estado en abundante jurisprudencia se ha pronunciado al respecto, es así que en sentencia de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil veintiuno (2021) dentro del expediente 50761 con ponencia del Consejero JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ, la referida Corporación expresa, lo siguiente:

“(…)”

26. Ahora bien, en relación con la prescripción extintiva de las acciones —y de las prestaciones— derivadas del contrato de seguro, señala el artículo 1081 del Código de Comercio que:

“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.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.” (énfasis agregado).

“(…)”

27. La prescripción ordinaria, como lo señala la norma, corre contra los interesados que, según Fernando Hinestrosa, son “los sujetos directa y primariamente envueltos en un

contrato de seguro”¹⁶. Esta posición ha sido reiterada por esta Subsección, que, en sentencia del 5 de marzo de 2020 (Exp. 63.861), señaló que,

“[F]rente al artículo 1081 del Código de Comercio, tal como lo ha explicado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁷, para aplicar la prescripción ordinaria debe tenerse en cuenta que ‘por interesado debe entenderse quien deriva algún derecho del contrato de seguro’, es decir, el tomador, el asegurado y el beneficiario, en la medida en que participen en la contratación del seguro y deben tener conocimiento de sus derechos respecto de este”¹⁸ (énfasis agregado).”

Como se evidencia de lo indicado en líneas anteriores, se puede observar la falta de diligencia por parte del concesionario al no actualizar las garantías derivadas del contrato de concesión, y la posterior prescripción del contrato de seguro teniendo en cuenta que: a) La entidad a través de oficio No. 20180300940 de fecha 5 de mayo de 2018, solicitó al Contratista la renovación de las pólizas de cumplimiento. b) Que Cormagdalena indicó que el 12 de agosto del 2019 MAPFRE Colombia, mediante el oficio con radicado N° 201902004359, solicitó los términos y condiciones para expedición de pólizas, lo que evidenció que, a dicha fecha, no se contaba con pólizas renovadas. c) Que la Interventoría solicitó a la Sociedad Portuaria Mallorquín copia de las pólizas actualizadas y su respectiva aprobación por parte de CORMAGDALENA, mediante los comunicados No. CINP – 484 – 017–2384 de fecha 22 de julio de 2020 y CINP – 484 –038–2742 de fecha 21 de agosto de 2020, sin que se obtuviera razón alguna por parte del Concesionario.

Revisado el acervo probatorio se encuentra que no obra prueba en el expediente del contrato que acredite la actualización de las garantías de cumplimiento, hecho imputable al contratista por su falta de diligencia y por incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión, por lo anterior no es viable imputar las eventuales consecuencias económicas de su declaratoria a la compañía garante, por cuanto han transcurrido más de dos (2) años desde el conocimiento de los hechos que fundamentan la presente decisión.

Así las cosas, conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, a la jurisprudencia traída a colación, y a las pruebas obrantes en el presente procedimiento administrativo sancionatorio frente a las anualidades 11, 12 y 13 conforme al contrato de seguro, prescribió el mismo en noviembre de 2017, 2018 y 2019 respectivamente, y respecto del incumplimiento de la actualización de garantía su prescripción se efectuó en mayo de 2020.

De acuerdo a todo lo anterior, le asiste razón a la abogada de la Compañía Garante, conforme a ello no se afectará el amparo de cumplimiento de la póliza referida.

6.4 CONSIDERACIONES FINALES

¹⁶ HINESTROSA, Fernando, “La prescripción extintiva”, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 73.

¹⁷ Nota original: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de julio de 1977.

¹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 5 de marzo de 2020 (Exp. 63.861, C.P. Marta Nubia Velásquez).

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que en el presente caso hay lugar a declarar el incumplimiento parcial y consecuente multa del Contrato de Concesión No. 036 de 2007 suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.** en relación con el presunto incumplimiento por el “No pago de la contraprestación” y “no Actualización de Garantías Contractuales” en los términos de los oficios de citación No. CE- OAJ - 202003002763 del 24 de noviembre de 2020, enviado al Contratista y No. C.E OAJ No. 202003002764 del 24 de noviembre de 2020 enviada a la compañía garante.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL Y CONSECUENTE MULTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 036 de 2007 suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A., conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.**

6.6. TASACIÓN DE LA MULTA.

1. Imponer a título de multa como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 036 de 2007 por la suma de **CATORCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DÓLARES CON OCHENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR. (USD \$14.499,81)**, equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, de conformidad con la Cláusula Décima Séptima No. 17.8 del Contrato de Concesión Portuaria No. 036 de 2007 – Sanciones:

“Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentren previstas en la Cláusula Décima Tercera y que no estén contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente cláusula, se impondrá una multa equivalente al UNO POR CIENTO (1%) del valor total de la contraprestación fijada.”

Operación que se refleja de esta manera:

Tasación:

Valor total de la Contraprestación, Cláusula Octava del Contrato de Concesión:
UN MILLÓN CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y UN DÓLARES CON TREINTA Y DOS CENTAVOS DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (USD \$1.449.981,32)

Clausula Régimen de incumplimiento: USD \$1.449.981,32 * 1% = USD \$14.499,81

En este sentido, el valor a imponer corresponde a los dispuesto en el numeral 17.8 de la cláusula Decima Séptima “Sanciones” es la suma de **CATORCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DÓLARES CON OCHENTA Y UN CENTAVOS DE DÓLAR. (USD \$14.499,81).**

Ahora bien, en cuanto a la imposición de multa por la no renovación de las garantías establecido en la cláusula décima séptima, numeral 17.4 del Contrato de Concesión el cual indica:

“Por incumplimiento de la obligación de prorrogar las garantías contempladas en la cláusula (sic) Décima Primera de este contrato 10% de los ingresos brutos de un (1) día de cada día de mora en la constitución de las mismas”

Adicionalmente, el párrafo primero de la Cláusula Décima Séptima dispuso que cuando el monto de la multa se hubiera establecido con base en los ingresos brutos, se tendrán en cuenta los ingresos brutos obtenidos por el Concesionario en el mes inmediatamente anterior a la imposición de la multa, a saber:

“PARÁGRAFO PRIMERO: El monto total de las multas cuando estas se establezcan con base en los ingresos brutos, se fijará con base en los ingresos brutos obtenidos por la Sociedad Portuaria en el mes inmediatamente anterior a la imposición de la multa, de tal forma que del promedio de estos se obtendrá el valor del, unidad para determinar la multa. En ningún caso la multa podrá exceder de 35 días de los ingresos brutos.”

En ese orden ideas, y considerando que el contratista no ha reportado ingresos, en vista del reiterado incumplimiento del concesionario, se podría ver abocado a una sanción económica de cero pesos (COP. \$ 0), resultantes de la dosificación de la mora en cumplimiento de la obligación con base en la siguiente fórmula aritmética:

Multa (M):	$M = IB * \text{días de mora}$
Ingresos Brutos diarios (IB)	$IB = 0$
Día de mora:	910
	$0 * 910 = \$0$

Finalmente, se precisa que, en razón que el valor de la contraprestación está fijado en moneda extranjera, las sumas anteriores serán liquidables con base en la Tasa Representativa del Mercado (TRM) de la fecha de expedición de este acto administrativo, esto es, el día dieciocho (18) de agosto de 2022.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 036 de 2007 por parte de **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.** identificada con NIT 900.122.484-1 de conformidad con las razones expuestas en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.**, a título de multa, la suma equivalente a **CATORCE MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL DÓLARES CON OCHENTA**

60

Y UN CENTAVOS DE DÓLAR. (USD \$14.499,81), liquidables con base en la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del dieciocho (18) de agosto de 2022., de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE MALLORQUIN S.A.**, y al representante legal y/o apoderado de **MAPFRE COLOMBIA SEGUROS S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

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

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

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los dieciocho (18) de agosto de 2022.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: - Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ 

Aprobó: OMAA S.A.S. 