

Resolución No. 000234

(23/08/2022)

«Por la cual se declara la terminación de un procedimiento administrativo sancionatorio iniciado por el presunto incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-037 de 2008 suscrito entre la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena -CORMAGDALENA y la Sociedad Portuaria Terminal de Las Flores S.A.»

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

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Ley 1508 de 2012, Decreto No. 1082 de 2015, Resolución No. 215 del 16 de mayo 2017 y

CONSIDERANDO

1. COMPETENCIA

- 1.1.** 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 (...)".
- 1.2.** 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 (...)".
- 1.3.** Que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas "colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea

**Oficina Principal
Barrancabermeja**
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

**Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá**
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

**Oficina Seccional
Barranquilla**
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**MINISTERIO DE
TRANSPORTE**

de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las imparten y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trabamientos que pueden presentarse".

- 1.4.** Que, el artículo 18 de la ley 80 de 1990 establece que *"la caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre"*.
- 1.5.** 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"*.
- 1.6.** 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"*.
- 1.7.** Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: *"(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*

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

"En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren

necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)".

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

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

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

- 1.10.** Que 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-, delegó en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente "(...) *ARTÍCULO PRIMERO: DELEGAR en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogue o sustituye y de los señalados en el Acuerdo No. 199 de 2017 de la Junta Directiva de Cormagdalena "Por la cual se dictan disposiciones tendientes a establecer las condiciones para el uso y goce de los bienes de uso público ubicados en la jurisdicción de la Corporación Autónoma Regional del Río de la Magdalena - CORMAGDALENA, así como la infraestructura de su propiedad o a su cargo.", los cuales se traman en el capítulo III Procedimiento Administrativo Sancionatorio de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. PARÁGRAFO PRIMERO: De igual forma se delega en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica la realización del trámite de los procedimientos administrativos de declaratoria de siniestros pre contractuales, contractuales o convenios, los cuales se tramitarán por el procedimiento del Título III*

Capítulo I Procedimientos Administrativo General de la Ley 1437 de 2011 (CPACA) o la norma que lo derogue o sustituye. PARÁGRAFO SEGUNDO: En igual sentido delegar en el (la) Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, resolver los recursos de reposición que se interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales (...)".

2. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

- 2.1. El día treinta (30) de junio de 2005, la sociedad portuaria Terminal Las Flores S.A presentó una solicitud de concesión por el término de veinte (20) años, para la ocupación en forma temporal y exclusiva de una zona de uso público ubicada a 8 km de Bocas de Cenizas, en la ciudad de Barranquilla, para la construcción de unas instalaciones portuarias de servicio público.
- 2.2. Que, mediante Resoluciones No. 000129 de 2006 y 00242 de 2007, CORMAGDALENA aprobó y otorgó la solicitud de concesión portuaria presentada por la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE LAS FLORES S.A.
- 2.3. Que, el día quince (15) de abril de 2008, CORMAGDALENA y la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE LAS FLORES S.A. suscribieron el contrato de concesión portuaria No. 00037-2008, cuyo objeto establece que «*se otorga a EL CONCESIONARIO, 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 Décima de este contrato, a favor de la Nación – Instituto Nacional de Vías – INVIAST y el Distrito de BARRANQUILLA, o a favor y en las condiciones que determine la ley*- 2.4. Que, el día treinta y uno (31) de julio de 2014 ,se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de concesión portuaria No. 3-0037-2008 mediante la cual se modificó la Cláusula Décima Primera del Contrato, y que exigió la constitución de la: (i) garantía de cumplimiento de las obligaciones generales del Contrato de Concesión Portuaria; (ii) garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; (iii) póliza de responsabilidad civil extra contractual; (iv) garantía de calidad de mantenimiento de las construcciones e inmuebles por destinación; y (v) garantía de estabilidad de la obra.

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**MINISTERIO DE
TRANSPORTE**

- 2.5.** Que, mediante comunicados No. 201902001579, 201902001580 de fecha 27 de marzo de 2019 y comunicado No. 201902001587 del 28 de marzo de 2019, los garantes de las obligaciones del contrato de concesión portuaria No. 00037-2008; Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A., informaron a CORMAGDALENA de la decisión de no continuar garantizando el periodo contractual subsiguiente.
- 2.6.** Que, posteriormente, el día cuatro (4) de abril de 2019, CORMAGDALENA, mediante comunicado No. 201903000915, transmitió al concesionario lo informado por los garantes del contrato.
- Asimismo, requirió que se procediera a iniciar las gestiones pertinentes para obtener el respaldo del riesgo para los próximos cinco (5) años.
- 2.7.** Igualmente, se indicó que las pólizas vencían el 29 de septiembre de 2019 y, por lo tanto, el Concesionario debería presentar a CORMAGDALENA las nuevas pólizas a más tardar el día 28 de agosto de 2019.
- 2.8.** Que, el día nueve (9) de septiembre de 2019, CORMAGDALENA mediante comunicado No. CESGC- 201903002324, remitido a la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE LAS FLORES, reiteró lo informado en comunicado No. 201903000915 de abril 4 de 2019, y solicitó la legalización de las nuevas pólizas que debían respaldar el contrato de concesión portuaria, para lo cual le otorgó un plazo hasta el 23 de septiembre de 2019 para el cumplimiento de esa obligación.
- 2.9.** Que, el día quince (15) de octubre de 2019, el apoderado especial de la Sociedad Portuaria Terminal de Las Flores S.A., mediante comunicado radicado con el No. 201902005566, contestó el oficio No. CE-SGC-201903002324, señalando lo siguiente: «(i) se inició demanda contra CORMAGDALENA a efectos de lograr que se declare el incumplimiento del contrato de Concesión e, igualmente, la nulidad absoluta del Otrosí No. 1; (ii) actualmente el contrato se encuentra suspendido, por virtud del silencio administrativo positivo que fuera propiciado por la negativa de CORMAGDALENA de resolver distintas peticiones en ese sentido; (iii) hizo

énfasis en que las constantes solicitudes de suspensión del Contrato de Concesión Portuaria se fundamentan precisamente en las diferentes decisiones de autoridades administrativas y judiciales que han sido comunicadas a la Corporación. Estas solicitudes encuentran su cimiento la cláusula vigésima cuarta, numeral 24.3 y 24.5.; (iv) Las decisiones expedidas por el IGAC y la FISCALIA 37 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA son entendidas por el artículo 64 del Código Civil como causales de fuerza mayor o caso fortuito, lo cual faculta para la suspensión del contrato de manera inmediata ya que es imposible ejecutar el contrato sobre un espacio de tierra sobre el cual existen particulares demostrando su propiedad».

2.10. Que, en respuesta al anterior comunicado, el día treinta (30) de octubre de 2019, CORMAGDALENA, mediante comunicado CE SGC.201903002788, indicó que la alegada configuración del silencio administrativo positivo no resulta procedente, toda vez que la solicitud de suspensión del contrato y del pago de las cuotas adeudadas del contrato de concesión no constituyen derechos preexistentes de parte del contratista. Igualmente, la Corporación no encontró viable la solicitud de suspensión, por lo cual requirió que las pólizas que respaldan el Contrato de Concesión fueran ser allegadas a la Corporación dentro de los cinco (5) días hábiles contados al recibo de la comunicación, so pena de iniciar las actuaciones administrativas que haya lugar.

2.11. Que, el Consorcio C-BQ, interventor del contrato, requirió al concesionario a través de comunicado CINP-473-173- 0670 de fecha 17 de febrero de 2020 presentar las pólizas y garantías debidamente actualizadas.

2.12. Que, el día 21 de febrero de 2020 mediante comunicado con radicado No. CR-473-234-2020 el Concesionario dio respuesta al comunicado enviado por la Interventoría en el cual informó:

“(...) la expedición de las dichas pólizas fue solicitada ante varios aseguradores, quienes al momento de evaluar los riesgos del contrato y constatar todos los contratiempos provocados por CORMAGDALENA y que han afectado gravemente la concesión portuaria, han decidido no asegurar como tampoco renovar las pólizas solicitadas a causa de la incertidumbre jurídica que pesa sobre el proyecto. Como motivo de lo anterior, les informamos que actualmente cursa en el Tribunal Administrativo del Atlántico demanda de controversias contractuales en contra de CORMAGDALENA la cual está por admitirse, y

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

que tiene por objeto la declaración judicial de incumplimientos al contrato de Concesión Portuaria suscrito con SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE LAS FLORES y la nulidad absoluta

2.13. Que, el Consorcio C-BQ, mediante informe de incumplimiento No. IM - 473-07 del 5 de mayo de 2020 (radicado el 7 de mayo de 2020), complementado por el comunicado CINP-473-320-1952 del 16 de junio de 2020 y, puso de presente a esta entidad que el contratista ha desatendido los requerimientos de Cormagdalena orientados a que se constituyan las garantías contractuales.

3. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL Y MULTA DEL CONTRATO A CARGO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL LAS FLORES S.A.

De acuerdo con la citación C.E OAJ No. 202003001679 del 30 de junio de 2020, sustentado en informe de incumplimiento IM - 473-07, complementado mediante el informe No. CINP - 473 - 320 -1952, elaborado por Consorcio CB-Q, en calidad de interventor del contrato de concesión No. 3-0037 de 2008, remitido por la Subdirección de Gestión Comercial, mediante comunicación interna No. 202001001215 del 1 de julio de 2020, se formularon cargos contra la Sociedad Portuaria Terminal las Flores S.A. por los siguientes presuntos incumplimientos:

3.1. No actualización y reposición de monto de las siguientes garantías contractuales:

Garantía	Amparo	Desde (DD/MM/AA)	Hasta (DD/MM/AA)	Última actualización (DD/MM/AA)
Cumplimiento de obligaciones generales del contrato de concesión portuaria.	Cumplimiento de obligaciones.	30-09-2014	29-09-2019	17-10-2014
	Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.	30-09-2014	29-09-2019	17-10-2014
	Calidad de mantenimiento de las construcciones.	----	----	----
	Estabilidad y calidad de la obra.	----	----	----

Responsabilidad civil extracontractual.	Daños causados a terceros.	30-09-2014	29-09-2019	14-11-2014
---	----------------------------	------------	------------	------------

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

4.1. Sesión del 24 de agosto de 2020

En esta sesión se instaló la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 y se concedió a las partes la oportunidad para presentar sus descargos.

En primer lugar, intervino el apoderado de la Sociedad Portuaria Terminal Las Flores S.A., quien esgrimió los siguientes argumentos:

- a. Excepción de contrato no cumplido: *“CORMAGDALENA no cumplió la obligación principal a su cargo, cual era suministrar un área de terreno de uso público en su totalidad, a efectos de que la SPTLF explotara y la usara, para luego causarse la correspondiente contraprestación en favor de CORMAGDALENA. Dicho de otra manera, en el momento en el que la SPTLF S.A. dejó de recibir un bien de uso público con las dimensiones acordadas”*. Además, *“el predio dado a explotar ahora es suelo de protección, lo cual excluye la actividad industrial”*.
- b. Cumplimiento de las garantías: *“CORMAGDALENA perdió legitimación para exigir el cumplimiento de unas obligaciones al incumplir las suyas, más allá de que fue dicha entidad la que propició que actualmente el contrato se encuentre estancado y que generara que por los múltiples tropiezos relativos a la titularidad del predio, las aseguradoras se abstuvieran de expedir las correspondientes garantías”*.
- c. Debido proceso y control de convencionalidad: *“los funcionarios a cargo del presente procedimiento administrativo sancionatorio no deban ser los mismos que profieran la decisión final. Para tal afirmación basta con hacer un ejercicio obligatorio de control de convencionalidad, en virtud del cual se deben observar no solo las reglas fijadas en las leyes y jurisprudencias nacionales, sino también aquellas disposiciones normativas y precedentes internacionales”*.

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**MINISTERIO DE
TRANSPORTE**

d. Responsabilidad de la interventoría: *“el informe de interventoría debe ser desestimado en su totalidad por carecer de información cierta y omitir las circunstancias actuales que rodean la ejecución del contrato de concesión. La relevancia de estas falencias es tal que CORMAGDALENA inició el presente trámite basado en todas las aseveraciones fragmentadas que hizo la interventoría, al punto que las pruebas del informe de interventoría son las mismas y están ubicadas en el mismo y exacto orden numérico que las de la citación a la audiencia”.*

Por su parte, Seguros del Estado S.A. esgrimió lo siguiente:

- a. La citación carece de los requisitos legales previstos en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.
- b. Por expresa disposición del Decreto 1079 de 2015, no se puede afectar una póliza no vigente y, además, se informó a la entidad que no se continuaría amparando el contrato suscrito con Sociedad Portuaria Terminal de Las Flores.

Finalmente, Liberty Seguros S.A. esgrimió lo siguiente:

- a. No están debidamente determinado los hechos que fundamenten la posible afectación de la póliza por la cual se les vinculó.
- b. La póliza no está vigente, por consiguiente, no puede asumir los riesgos derivados de la ejecución del contrato, ya que los hechos son posteriores a su vigencia.
- c. La cuantía de la multa es equivalente a cero y, dado que el contrato de seguros es oneroso; no sería factible afectar la póliza.

4.2. Sesión del 22 de octubre de 2020

En esta sesión, el Despacho se pronunció sobre las solicitudes de pruebas elevadas por las partes. En ese sentido, se dispuso:

1. Tener como pruebas los siguientes documentos aportados por la SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL DE LAS FLORES S.A., mediante el oficio radicado con No. 202002004110:

- 1.1. Concepto Técnico CT.03-A-CO03-ALIT-613 del 29 de abril de 2011, expedido por la DIMAR, donde ilustra el plano de cuáles son las áreas de uso público pasibles de ser concesionadas.

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

- 1.2. Copia de la Resolución Nº 08-001-0844-2014 del 9 de septiembre de 2014 expedida por el IGAC.
 - 1.3. Copia de oficio No. 110 con referencia 311510, fechado 20 de octubre de 2017, librado por la FISCALÍA 37 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.
 - 1.4. Copia de oficio de notificación de diligencia emitido por la Alcaldía Localidad Riomar de Barranquilla (sin indicación de fecha).
 - 1.5. Copia de acta de diligencia de entrega de la Alcaldía Local Riomar, fechado 12 de octubre (sin indicación de año).
-
2. Negar el traslado de pruebas del expediente de otro procedimiento administrativo sancionatorio adelantado contra Sociedad Portuaria Terminal Las Flores S.A.; del expediente judicial 08001-23-33-000-2019-0084400-H y de la investigación No. 311510 adelantado en la FISCALÍA 37 DELEGADA ANTE LOS JUECES PENALES DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA.
 3. Se ordenó a la interventoría para rindiera informe sobre posibles intervenciones u ocupaciones de terceros en el área concesionado.

4.3. Sesión del 22 de diciembre de 2020

Se corrió traslado de (1) PRUEBA POR INFORME – INSPECCIÓN OCULAR – SOCIEDAD PORTUARIA LAS FLORES (8 páginas) y (2) Acta de Visita SP LAS FLORES 28 OCT 2020 (2 páginas) por un término de tres (3) días hábiles, dentro del cual podrán solicitar su aclaración, complementación o ajuste.

4.4. Sesión del 25 de marzo de 2021

Conforme al inciso segundo del artículo 48 de la ley 1437 de 201, se concedió oportunidad a las partes e intervinientes para presentar sus alegatos de conclusión.

Por parte de Sociedad Portuaria Terminal Las Flores, se presentaron los siguientes argumentos:

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

Excepción de contrato no cumplido: Señala que CORMAGDALENA no ha cumplido la obligación de entregar zona concesionada, ya que dicha área está bajo el dominio de privados.

Uso del suelo: Adicionalmente, señala que la zona concesionada está ubicada en suelo de protección que hace imposible que se destinada para usos industriales que se requieren para desarrollar el proyecto portuario.

Silencio administrativo positivo: Se configuró un silencio administrativo positivo, en virtud del cual se suspendieron la totalidad de las cláusulas del contrato.

Por su parte, Seguros del Estado planteó los siguientes argumentos:

Solicitó que se desvincule de las determinaciones que se adopten al respecto, en la medida de que, conforme al artículo 2.2.3.3.7.7. del Decreto 1079 de 2015, se informó con 6 meses de antelación al vencimiento de las garantías que no se iba a cubrir la siguiente vigencia.

Finalmente, Liberty Seguros S.A. señaló que la vigencia de la póliza expiró el 19 de noviembre de 2019 y, por tanto, no es posible afectarla. Además, la multa fijada en la citación es de cero y, dado el carácter oneroso del contrato de seguros se hacen inviable cualquier afectación de la misma.

Concluyó que los hechos materia de investigación no son imputables al contratista, porque existe una controversia con respecto a la titularidad de los bienes concesionados.

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste a la Sociedad Portuaria Las Flores S.A., Liberty Seguros S.A y Seguros del Estado S.A., en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, indica que: «(...) *Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las*

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

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 de este, imponer las multas y sanciones pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal (...).*

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar a la Sociedad Portuaria Las Flores S.A., así como a la compañías aseguradoras Seguros del Estado S.A y Liberty Seguros S.A, con la finalidad que tanto el contratista como los garantes, durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Corporación en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación.

En este orden de ideas, la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena—Cormagdalena, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la Sociedad Portuaria Terminal Las Flores S.A. en virtud del Contrato de Concesión No. 3-0037 de 2008, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (5.1), hechos probados (5.2), caso en concreto (5.3), y consideraciones finales (5.4).

5.1. EL MARCO JURÍDICO

Previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta Oficina Asesora Jurídica atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento parcial de las obligaciones y multa del contrato, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de las multas contractuales (5.1.1); y la función de la interventoría (5.1.2).

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

5.1.1 NATURALEZA JURÍDICA DE LA 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:

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

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

“La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt. Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de 2011. Radicación número: 25000232600019930836501-01

obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.

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

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

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

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

5.1.2 LA INTERVENTORÍA EN LOS CONTRATOS ESTATALES

La existencia de la intervención 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

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875)

consagran los medios que ellas pueden utilizar para el cumplimiento del objeto contractual y de esta manera lograr los fines de la contratación.

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

“(...) 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 intervención 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 intervención 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.”³

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.

³ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

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 decisiones en la ejecución del contrato o en los procedimientos propios que se deriven de él como son los Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

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

"El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que esténdolo 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."⁴

5.2. HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al concesionario como a sus aseguradores, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante las citaciones C.E OAJ No. 202003001679 del 30 de junio de 2020, 202003001680 y 202003001681 (sustentadas en informe de incumplimiento IM - 473-07, complementado mediante el informe No. CINP - 473 - 320 -1952, elaborado por Consorcio CB-Q, en calidad de interventor del contrato de concesión No. 3-0037 de 2008).

⁴ 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)

Así mismo, se permitió a los investigados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad. En virtud de lo anterior y para efectos de adoptar la decisión que en derecho corresponda, se hace necesario relacionar a continuación los hechos que se encuentran probados dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, a saber:

5.2.1. El día treinta (30) de junio de 2005, la sociedad portuaria Terminal Las Flores S.A presentó una solicitud de concesión por el término de veinte (20) años, para la ocupación en forma temporal y exclusiva de una zona de uso público ubicada a 8 km de Bocas de Cenizas, en la ciudad de Barranquilla, para la construcción de unas instalaciones portuarias de servicio público.

5.2.2. El día seis (6) de septiembre de 2005, en la audiencia pública de que trata el Decreto No. 838 de 1995, el Terminal Las Flores S.A aportó copia de la escritura No. 1534 del 26 de mayo de 2005, en la cual los comuneros propietarios del predio «La Piña», identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 040-76664, autorizaban a la sociedad portuaria a usarlo y explotar a cambio de una contraprestación económica.

En el contrato mencionado se convino un plazo duración de 12 años contados desde la iniciación de las operaciones.

5.2.3. En el trámite de concesión, la Dirección General Marítima emitió concepto No. 041506RDIMAR-DILEM-021 del 4 de octubre de 2005, en el cual se abordaron los siguientes ejes temáticos: primero, «verificación de zonas de uso público y terreno consolidado»; segundo, «análisis de riesgos respecto a fenómenos naturales»; tercero, «condiciones de navegabilidad, acceso al muelle y señalización marítima» y; finalmente, «consideraciones técnicas».

Respecto al primer eje temático, el estudio concluye que “la totalidad del terreno descrito en la documentación técnica de la solicitud elevada por la sociedad peticionaria corresponde a un bien de uso público de propiedad de la Nación, y en ese sentido, de otorgarse una concesión cualquier tipo, correspondería a la totalidad del terreno y no solo a la franja paralela a la ribera sobre río Magdalena”

5.2.4. Posteriormente, mediante Resolución No. 129 de 9 de mayo de 2006 se aprobó solicitud de concesión de Terminal Las Flores S.A, la cual modificada por la Resolución No. 208 del 18 de julio de 2006. De ambas resoluciones se corrió traslado a las autoridades para que presentaran oposiciones por razones de legalidad y conveniencia.

5.2.5. Mediante Resolución No. 242 de 25 septiembre de 2007 se otorgó la concesión portuaria a Sociedad Portuaria Terminal Las Flores S.A.

5.2.6. Posteriormente, mediante Resolución No. 0033 del 17 de febrero de 2008, La Corporación resuelve las oposiciones presentadas por Nelson Falquez Dugant, Héctor Ribaldo Pardo, Casa Ingresa Ltda. y Rodrigo Robles. En las consideraciones del acto administrativo se evaluaron los argumentos de los opositores, que sostenían que sobre el área a concesionar había derechos de propiedad individualizados en los siguientes lotes: 2G1 (040-93209), de Casa Ingresa Ltda.; 2A y 2F, de Rodrigo Robles y, finalmente; el predio La Piña, de la cuales eran comuneros Hector Ribaldo Pardo y Nelson Falquez.

5.2.7. El día veinticinco (25) de abril de 2008 se suscribió el contrato de concesión No. –037 de 2008 entre Sociedad Portuaria Terminal de Las Flores S.A y Cormagdalena, cuyo objeto fue determinado en los siguientes términos:

«Cláusula Primera: (...) LA CORPORACIÓN en virtud del presente contrato, formaliza el otorgamiento a EL CONCESIONARIO de una Concesión Portuaria en los siguientes términos: 1.1. Se otorga a el concesionario, 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 Décima de este contrato, a favor de la Nación – Instituto Nacional de Vías- INVÍAS y del Distrito de Barranquilla, o a favor y en las condiciones que determine la ley. 1.2. El objeto de presente contrato es entonces, la entrega a EL CONCESIONARIO del uso y explotación zonas de uso público pertenecientes a La Nación por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la contraprestación establecida en la Cláusula Décima de este contrato».

5.2.8. Que, el día treinta y uno (31) de julio de 2014 ,se suscribió el Otrosí No. 1 al Contrato de concesión portuaria No. 3-0037-2008 mediante la cual se modificó la Cláusula Décima Primera del Contrato, y que exigió la constitución de la: (i) garantía de cumplimiento de las obligaciones generales del Contrato de Concesión Portuaria; (ii) garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales; (iii) póliza de responsabilidad civil extra contractual; (iv) garantía de calidad de mantenimiento de las construcciones e inmuebles por destinación; y (v) garantía de estabilidad de la obra.

5.2.9. Que, mediante comunicados No. 201902001579, 201902001580 de fecha 27 de marzo de 2019 y comunicado No. 201902001587 del 28 de marzo de 2019, los garantes de las obligaciones del contrato de concesión portuaria No. 00037-2008; Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A., informaron a CORMAGDALENA de la decisión de no continuar garantizando el periodo contractual subsiguiente.

5.2.10. Que, posteriormente, el día cuatro (4) de abril de 2019, CORMAGDALENA, mediante comunicado No. 201903000915, transmitió al concesionario lo informado por los garantes del contrato. Asimismo, requirió que se procediera a iniciar las gestiones pertinentes para obtener el respaldo del riesgo para los próximos cinco (5) años.

Igualmente, se indicó que las pólizas vencían el 29 de septiembre de 2019 y, por lo tanto, el Concesionario debería presentar a CORMAGDALENA las nuevas pólizas a más tardar el día 28 de agosto de 2019.

5.1 CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

La actuación administrativa sancionatoria se inició con fundamento en la información allegada por Consorcio CB-Q. en calidad de interventor del Contrato No. 3-0037 de 2008, mediante en el informe de incumplimiento IM - 473-07, complementado mediante el informe No. CINP – 473 - 320 –1952, con el fin de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionatorio con fines de multa por el presunto incumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0037 de 2008.

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

Sin embargo, estando el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio para decisión, la Oficina Asesora Jurídica evidencia una circunstancia sobreviniente que le impide continuar adelantando la presente actuación.

El día diez (10) de marzo del 2021, Cormagdalena fue notificado del auto 2019-00844, proferido por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Atlántico, Sala de Decisión Oral – Sección B, dentro del proceso con radicado No. 08-001-23-33-000-2019-00844-00-H por medio del cual se admitió la demanda de controversias contractuales formulada por el Concesionario Sociedad Portuaria Terminal Las Flores S.A. contra Cormagdalena.

Así las cosas, se tiene que las pretensiones de la demanda formulada por el Concesionario tienen por objeto declarar a Cormagdalena administrativamente responsable por el incumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 3-0037-2008, lo cual tiene una incidencia en el trámite del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio adelantado en virtud del ejercicio de la facultad sancionatoria de Cormagdalena, ya que la notificación de la admisión de la referida demanda trajo la *Litis*, y por lo tanto se ingresó la controversia contractual a una sede judicial.

En este sentido, si bien los efectos que tiene la notificación de la demanda de una acción o medio de control judicial sobre Procedimiento Administrativo Sancionatorio contractual en curso no están regulados en la norma, en aplicación a criterios auxiliares de interpretación como la jurisprudencia y la analogía para llenar las lagunas de la normatividad, debemos tener en consideración lo señalado por el Consejo de Estado⁵ cuando expone lo relativo a la pérdida de competencia para liquidar los contratos, en analogía con la pérdida de competencia para decidir el procedimiento administrativo sancionatorio contractual que nos ocupa:

"(...) La competencia con la cual está investida una entidad para liquidar de forma unilateral o bilateral un contrato estatal, se pierde cuando ha expirado el término de caducidad para la presentación de la demanda en ejercicio del medio de control de controversias contractuales o cuando se ha notificado el auto admisorio de la demanda que persigue la liquidación del contrato. En caso de ejercer dicha competencia extemporáneamente, los actos bilaterales o unilaterales en los que se liquide el contrato, según el caso, estarían viciados de ilegalidad y serían susceptibles de ser declarados nulos por el juez (...)" (Subraya fuera del texto)

⁵ Consejo de Estado Sala de Consulta y Servicio Civil. CP: Álvaro Namén Vargas veintiocho (28) de junio de dos mil dieciséis (2016), Rad: 2253

El Consejo de Estado—refiriéndose a los efectos de la admisión de la demanda sobre la facultad de liquidar unilateralmente los contratos— ha justificado la tesis indicada en el párrafo anterior, argumentando que *“la solución por la que opta la Sala equilibra el poder exorbitante de la Administración con el legítimo derecho de acceso a la justicia del administrado: la prerrogativa de la primera para liquidar el contrato, aún en forma extemporánea, tiene como frontera la instauración de una demanda por parte del segundo, opción única para cuyo ejercicio no resultan admisibles condicionamientos contrarios al espíritu de la ley, que la debiliten injustificadamente”*.

Aunque, en el asunto materia de examen, el concesionario no persigue la liquidación judicial del contrato en su demanda, los hechos y pretensiones están orientadas a controvertir una imputación de incumplimiento con fines de ejercer una potestad exorbitante, cual es la imposición de multas⁶.

Para el Despacho los razonamientos y juicios empleados por la jurisprudencia para determinar que la notificación del auto de admisión de la demanda conduce a la pérdida de competencia de la Administración, son extrapolables a otros poderes exorbitantes diferentes a la liquidación unilateral como la facultad de imponer multas.

Dicho lo anterior, analizadas las pretensiones de la demanda, se observa que los hechos que dieron lugar a la apertura del procedimiento administrativo sancionatorio versan sobre temas que ahora son competencia del Juez del contrato, resulta claro que se ha materializado la pérdida de competencia⁷ por parte de la entidad contratante para proseguir el procedimiento administrativo sancionatorio, en la medida en que no pueden coexistir sobre un mismo asunto competencias de dos autoridades, siendo ahora del resorte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo la definición sobre el incumplimiento contractual. Lo anterior, sin perjuicio de las acciones que ante el juez del contrato adelante Cormagdalena para exigir los derechos derivados del presunto incumplimiento del Contratista, a través de demanda de reconvenCIÓN en la oportunidad procesal correspondiente dentro del proceso.

⁶ Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Concepto 2157 de 2013: *“la potestad unilateral de la Administración contratante de imponer las multas pactadas previamente en el contrato, siempre ha sido considerada por la jurisprudencia del Consejo de Estado como una potestad excepcional o exorbitante en ejercicio de una función administrativa, mediante la expedición de un acto administrativo”*

⁷ Ver Concepto Sala de Consulta C.E. 1365 de 2001 Consejo de Estado - Sala de Consulta y Servicio Civil: *“De este modo, la expiración del término de caducidad o la notificación del auto adhesivo de la demanda del contratista que persigue la liquidación del contrato, hace perder competencia a la administración para estos efectos”* (...) *“De lo expuesto se concluye que vencido el término de caducidad de la acción contractual, o notificado el auto adhesivo de la demanda en la forma dicha, deviene la incompetencia de la entidad estatal contratante para liquidar el contrato unilateralmente”*.

Así las cosas, al coincidir los hechos objeto de controversia en este procedimiento administrativo, con los hechos y pretensiones de la demanda formulada por la Sociedad Portuaria Terminal Las Flores, y al hallarse notificado en debida forma el auto admisorio de la demanda, Cormagdalena ha perdido competencia para continuar con el trámite del presente asunto, pues la definición jurídica del mismo será la que estime el Juez del contrato dentro del proceso promovido por el contratista, por lo tanto este Despacho considera necesario dar por terminada la presente actuación administrativa y archivar el procedimiento, en tanto la finalidad que éste persigue guarda relación directa con lo pretendido en sede judicial.

En virtud de lo anterior, la Oficina Asesora Jurídica resolverá declarar la cesación del Procedimiento Administrativa Sancionatorio que se venía adelantando en torno al Contrato de Concesión No. 3-0037 de 2008, cuyo propósito es declarar el incumplimiento parcial del mismo junto con la imposición de multa.

Así la cosas, Cormagdalena ha perdido competencia para seguir adelante con la actuación administrativa sancionatoria del caso, y por lo tanto será el Juez Administrativo quien resolverá todo lo correspondiente al conflicto suscitado en el respectivo contrato, con lo cual se entiende que, honrando el principio de legalidad, así como el debido proceso consagrado por el artículo 29 de la Constitución Política, no habrá lugar a un doble enjuiciamiento por los mismos hechos y pretensiones.

Por consiguiente, esta Oficina Asesora Jurídica, manifiesta que no es posible hacer uso de la facultad sancionatoria tendiente a declarar el incumplimiento parcial del contrato 3-0037 de 2008 e imposición de multa, por tal motivo se declarará la terminación del procedimiento por falta de competencia y se ordenará el archivo del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio.

Es así, como en mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO. - DECLARAR LA TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO POR FALTA DE COMPETENCIA para hacer uso de la facultad sancionatoria dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento parcial de las Obligaciones del Contrato de Concesión No. 3-0037 de 2008, suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL LAS**

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE

FLORES S.A., NIT 900.018.018-6, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO. - ARCHIVAR las diligencias de carácter sancionatorio iniciadas por el Presunto Incumplimiento parcial de las Obligaciones del Contrato de Concesión No. 3-0037 de 2008, suscrito con la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL LAS FLORES S.A., NIT 900.018.018-6**, por las razones expuestas en la parte motiva del presente acto administrativo.

El archivo del presente procedimiento administrativo se realiza sin perjuicio de la responsabilidad que incumbe al concesionario por los cargos formulados y que, a la fecha de expedición del presente acto, se debaten ante la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo.

ARTÍCULO TERCERO. - NOTIFICAR la presente resolución en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante o apoderado de la **SOCIEDAD PORTUARIA TERMINAL LAS FLORES S.A.** y al representante legal y/o apoderado de las **COMPañías Aseguradoras: SEGUROS DEL ESTADO S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.** firmas garantes del contrato, o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO CUARTO. - Contra la presente resolución procede el recurso de reposición en los términos del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

ARTÍCULO QUINTO. - La presente Resolución rige a partir de su notificación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá a los 23 días del mes de agosto de 2022

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Enson O'Neill – Profesional U



Revisó: Abogado OAJ Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ



Aprobó: OMAA-Abogados Externos OAJ

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



MINISTERIO DE
TRANSPORTE