

Resolución No. 000260
(9/09/2022)

“Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 01 de 2008 y se impone multa a la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.”

LA JEFE DE LA OFICINA ASESORA JURIDICA 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 numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, *“Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las 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, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, ha señalado que la naturaleza y alcance de: *“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 pena¹.

Que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, dispone que: *"Las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo".*

Que el numeral 1° del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a *"(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".*

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

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

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

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

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

Que el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, establece que: *"Las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública podrán declarar el incumplimiento, cuantificando los perjuicios del mismo, imponer las multas y sanciones*

¹ Sentencia de 1 de febrero de 2018 Rad. 2009-00082-01(52549), C.P: Martha Nubia Velázquez.

pactadas en el contrato, y hacer efectiva la cláusula penal”, conforme al procedimiento establecido en la misma disposición.

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-, delega en el Jefe de la Oficina Jurídica lo siguiente “...**ARTÍCULO PRIMERO: DELEGAR en el (la) jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA, la realización del trámite de todos los procedimientos administrativos sancionatorios de declaración de incumplimiento de contratos o convenios, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 o de la norma que lo derogó 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.

- 2.1. La Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. radicó solicitud de Concesión Portuaria el día 30 de septiembre de 2005.
- 2.2. Mediante Resolución de otorgamiento No. 284 del 28 de septiembre de 2006 se establecieron las condiciones bajo las cuales se otorgaría una concesión portuaria a la sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A.
- 2.3. A través de la Resolución 000202 del 15 de agosto de 2007, Cormagdalena resuelve un recurso de reposición interpuesto por la S.P. de Barrancabermeja S.A. contra la Resolución No. 284 de 2006.
- 2.4. Mediante Resolución 000034 del 15 de febrero de 2008, Cormagdalena corrige de oficio las Resoluciones No. 000284 de 2006 y 000202 de 2007.
- 2.5. El 10 de septiembre de 2008 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, entre Cormagdalena y la SPB (en adelante “el Contrato de Concesión”).

- 2.6. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto de este: *“la entrega a la Sociedad Concesionaria del uso y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de Cormagdalena por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la Contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este Contrato”*.

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

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

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

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

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

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE- OAJ - 202103001956 del 01 de junio de 2021, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202103001955 del 01 de junio de 2021 enviada a la compañía garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 03 de septiembre del 2020 a las 10:00 a.m.

V. 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 DE BARRANCABERMEJA S.A., como a su garante Compañía EQUIDAD SEGUROS GENERALES 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 el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A., así como a la Compañía Aseguradora EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A., con la finalidad que tanto Contratista como 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 controvertieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE- OAJ - 202103001956 del 01 de junio de 2021, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202103001955 del 01 de junio de 2021 enviada a la compañía garante con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008.

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 DE BARRANCABERMEJA S.A., en virtud del Contrato de Concesión No. 01 de 2008, 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); y consideraciones finales.

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 (6.1.1); y la función de la interventoría (6.1.2).

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 compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual’”.*²

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

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

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

*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.”*³

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 incumplimiento con ocasión del desarrollo del contrato, atendiendo al fin mismo de la medida, que es precisamente constreñir al contratista, como la parte contractual

² 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

³ 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)

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 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 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.

El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, para lo cual se hace necesario remitirse a lo consagrado en el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011, que dispone:

“La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.”

De igual manera, el anterior estatuto de contratación estatal, Decreto-Ley 222 de 1983, disponía en su artículo 120, que la entidad pública contratante debía verificar *“la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor”* que podía ser funcionario suyo o que podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. Por su parte, el artículo 121 del antiguo estatuto, señalaba que en los contratos se detallarían las funciones que correspondían al interventor, entre ellas la de exigir al contratista la información que considerara necesaria.

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

Al respecto, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del Código Único Disciplinario - Ley 734 de 2002 -, norma que fue modificada posteriormente por la Ley 1474 de 2011, estableció que 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:

“(...) 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.”⁴

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

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

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 estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.”⁵

5.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario como a la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE- OAJ - 202103001956 y No. CE- OAJ - 202103001955 del 01 de junio de 2021, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

En virtud de lo anterior y para efectos de adoptar la decisión que en derecho corresponda, se hace necesario relacionar a continuación los hechos que se encuentran probados dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, a saber:

⁴ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

⁵ 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)

1. La Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. radicó solicitud de Concesión Portuaria el día 30 de septiembre de 2005.
2. Mediante Resolución de otorgamiento No. 284 del 28 de septiembre de 2006 se establecieron las condiciones bajo las cuales se otorgaría una concesión portuaria a la sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A.
3. A través de la Resolución No. 000202 del 15 de agosto de 2007, Cormagdalena resuelve un recurso de reposición interpuesto por la S.P. de Barrancabermeja S.A. contra la Resolución No. 284 de 2006.
4. Mediante Resolución No. 000034 del 15 de febrero de 2008, Cormagdalena corrige de oficio las Resoluciones No. 000284 de 2006 y 000202 de 2007.
5. El 10 de septiembre de 2008 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, entre Cormagdalena y la SPB (en adelante “el Contrato de Concesión”).
6. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto de este:

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

7. INGEPROYECT LTDA. en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, radicó el informe de incumplimiento bajo el número oficio CII-214-RL de fecha 29 de enero de 2021, remitida por el supervisor del contrato con Comunicación Interna No. 202101000238 del 12 de febrero de 2021; el alcance de la Interventoría INGEPROYECT haciendo referencia al ajuste de la tasación de la multa No. CII-260-RL del 03 de marzo de 2021; y el ajuste del informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría INGEPROYECT, remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000830 del 29 de abril de 2021 por los siguientes presuntos incumplimientos:
 - I) la Cláusula Octava y el numeral 14.1 de la Cláusula Décima Cuarta, así: PARCIAL, por el no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12;
 - II) TOTAL, respecto del pago de la Contraprestación de la anualidad No 13.

5.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, enunciada en el oficio citatorio.

Esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para declarar la imposición de multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato No. 01 de 2008, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A. en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se determinará si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia.

5.3.1 No pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12

El Contrato de Concesión Portuaria No. 1 del 10 de septiembre de 2010 reguló la obligación de pagar la contraprestación portuaria por el uso y goce de la zona de uso público entregada en concesión y por el área adyacente e infraestructura en la Cláusula Octava, en los siguientes términos:

- Contraprestación por Zona de Uso Público:

De conformidad con la Cláusula 8.1. del Contrato de Concesión Portuaria el valor de la contraprestación por el uso y goce de la zona de uso público (ZUP) es el siguiente:

entregada en concesión y por el área adyacente e infraestructura así: **8.1.** Por zona de uso Público: por un periodo de Quince (15) años, pagará a CORMAGDALENA Quince (15) cuotas de la siguiente manera: Por el **Primer** año la suma de **OCHENTA Y OCHO MILLONES CIENTO DIESETE MIL OCHOCIENTOS VEINTICINCO PESOS** (\$88.117.825); por el **Segundo** año **CIENTO DOS MILLONES OCHOCIENTOS CUATRO MIL CIENTO VEINTINUEVE PESOS** (\$102.804.129), por el **Tercer** año **CIENTO DIESETE MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS** (\$117.490.433); por el **Cuarto** año **CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO SETENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS TREINTA Y SIETE PESOS** (\$132.176.737); y por el **Quinto** año **CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUARENTA Y UN PESOS** (\$146.863.041). A partir del Quinto (05) año hasta el año quince (15) de la concesión pagará el mismo valor que se cancelará por el Quinto año, es decir la suma de **CIENTO CUARENTA Y SEIS MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL CUARENTA Y UN PESOS** (\$146.863.041). Todas pagaderas por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los cinco (5) días siguientes a la entrega del terminal portuario. Y las siguientes cuotas dentro de los cinco (05) días posteriores al vencimiento de la anterior anualidad, las que se comenzaran a contar a partir de la primera acta de entrega. El valor presente de la contraprestación por uso de zona de uso público es de **NOVECIENTOS OCHENTA Y OCHO MILLONES TRECECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL TRECECIENTOS SETENTA PESOS** (\$988.343.370). **8.2** Esta contraprestación, por zona de uso público, será

El numeral 8.2 de la Cláusula Octava de dicho Contrato indicó que la Contraprestación por ZUP será revisada periódicamente con el fin de ajustar su monto, de la siguiente manera:

(\$988.343.370). 8.2 Esta contraprestación, por zona de uso público, será revisada periódicamente con el fin de ajustar su monto. En ningún caso los valores pueden ser inferiores a los estipulados en el Numeral cuatro punto ocho del artículo cuarto de la resolución de otorgamiento, por lo tanto en el evento que existan movimientos de carga superiores a los proyectados inicialmente se deberá efectuar a CORMAGDALENA el pago del excedente restante. Esto de conformidad con el Artículo 39 del Acuerdo 130 expedido por CORMAGDALENA. La Corporación se reserva el derecho de corroborar por cualquier medio la información que se le solicite al concesionario para la revisión de la contraprestación, y el concesionario deberá facilitarle a la Entidad dicha verificación. **8.3.** Contraprestación por Infraestructura: Por la

Contraprestación por ZUP Contrato N0. 01 del 10 septiembre de 2008		
AÑO	ANUALIDAD	ZUP COP\$
10/09/2008	1	88.117.825,00
10/09/2009	2	102.804.129,00
10/09/2010	3	117.490.433,00

11

10/09/2011	4	132.176.737,00
10/09/2012	5	146.863.041,00
10/09/2013	6	146.863.041,00
10/09/2014	7	146.863.041,00
10/09/2015	8	146.863.041,00
10/09/2016	9	146.863.041,00
10/09/2017	10	146.863.041,00
10/09/2018	11	146.863.041,00
11/09/2019	12	146.863.041,00
10/09/2020	13	146.863.041,00
10/09/2021	14	146.863.041,00
10/09/2022	15	146.863.041,00

- Contraprestación por Infraestructura

De acuerdo con el numeral 8.3 de la Cláusula Octava del Contrato, el valor de la contraprestación por la infraestructura es el siguiente:

Entidad dicha verificación. **8.3.** Contraprestación por Infraestructura: Por la infraestructura existente cancelará la suma equivalente al uno punto cinco por ciento (1,5%) del valor comercial del inmueble, por un periodo de quince (15) años, por anualidades anticipadas, cada una de ellas por un valor de **CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS SETENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS TRECE (\$52.272.213)**, pagaderos de la misma forma de la contraprestación por zona de uso público, y los siguientes años también de manera anticipada dentro de los cinco (05) primeros días, esta misma suma, pero actualizada conforme al índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Gobierno Nacional consolidada desde el inicio de la concesión hasta el momento en el cual se debe realizar el pago. Conforme a lo estipulado en el artículo 40 del Acuerdo 130 de CORMAGDALENA. **8.4** El valor presente de ésta es **DE TRESCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$398.741.234,).** **PARAGRAFO PRIMERO.** Atendiendo a que la entrega

- Progresividad en el pago de la contraprestación portuaria

En distintas cláusulas del Contrato (ver Parágrafo Primero de la Cláusula 2.2. y Parágrafo Primero de la Cláusula Octava), se contempló la posibilidad de realizar cobros parciales de la contraprestación portuaria (tanto de zona de uso público como de infraestructura) en consideración al hecho de que al momento de su entrada en vigencia i) no se encontraban en funcionamiento óptimo las obras ejecutadas y ii) otras no se habían finalizado.

En tal sentido, la contraprestación se pagaría *“proporcionalmente a los porcentajes de infraestructura entregada, siendo obligación de la Sociedad Portuaria pagar únicamente en esta proporción”* (Parágrafo Primero Cláusula Octava).

El Parágrafo Segundo del numeral 8.4 de la Cláusula Octava del Contrato 01 de 2008, indicó que una vez se concluyan la obras se hará un Avalúo Final del Puerto y se reajustará esta contraprestación al valor definitivo, el cual deberá cancelar el Concesionario en la forma en que Cormagdalena indique, una vez se les notifique el correspondiente Acto Administrativo del reajuste.

En virtud de lo anterior, se suscribieron, de conformidad con lo informado por el Componente Técnico, las siguientes Actas de Entrega:

- Acta parcial de entrega del 1 de octubre de 2008
- Acta aclaratoria de la primera entrega parcial del 2 de octubre de 2008
- Acta parcial de entrega del 22 de diciembre de 2008
- Acta parcial de entrega del 23 de julio de 2012
- Acta parcial de entrega del 10 de septiembre de 2012
- Acta de entrega del 8 de agosto de 2013: Mediante la cual se consolidan las actas parciales mencionadas anteriormente y se formaliza la entrega definitiva de la totalidad de los bienes de uso público, bienes fiscales, infraestructura y equipos concesionados, lo cual será la base para el recalcule de la Contraprestación total, que regirá a partir de la fecha de entrega estipulada en la presente Acta de Entrega.

En consideración a lo establecido en el Parágrafo Segundo del numeral 8.4 de la Cláusula Octava del Contrato 01 de 2008, la firma Ventas y Avalúos realizó el avalúo de los bienes descritos en el Acta de Entrega Final del 8 de agosto de 2013, el cual fue incluido en el Informe Financiero, expedido por Cormagdalena, No. 161 del 30 de agosto de 2013.

Dicho Informe tuvo como objeto calcular el valor anual de la contraprestación por infraestructura aplicable al Contrato 01 de 2008.

De conformidad con lo estipulado en la Cláusula Octava del Contrato No. 01 de 2008 y en el Informe Financiero No. 161 de 2013, Cormagdalena estableció el monto de la Contraprestación aplicable a dicho Contrato.

Con base en lo anterior, mediante Resolución No. 451 del 10 de diciembre de 2013 Cormagdalena resolvió reajustar la contraprestación aplicable al contrato de concesión portuaria fluvial No. 01 de 2008 cuyo concesionario es La Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. así:

	1	2	3	
CUOTA No.	ZONA DE USO PÚBLICO (\$)	INFRAESTRUCTURA (\$)	MOVILIZACIÓN DE CARBÓN (\$)	CONTRAPRESTACION TOTAL (1+2+3) (\$)
1	32.603.595,00	21.928.683,00		54.532.278,00
2	38.037.528,00	23.081.328,00		61.118.856,00
3	43.471.460,00	23.402.850,00		66.874.310,00
4	48.905.393,00	26.462.043,00		75.367.436,00
5	68.027.765,00	68.917.719,00		136.945.484,00
6	146.863.041,00	152.644.934,00		299.507.975,00

A partir del año 7 y hasta la anualidad 15 la contraprestación por Zona de Uso Público se definió de la siguiente manera:

CUOTA No.	ZONA DE USO PÚBLICO (\$)
7	146.863.041,00
8	146.863.041,00
9	146.863.041,00
10	146.863.041,00
11	146.863.041,00
12	146.863.041,00

13	146.863.041,00
14	146.863.041,00
15	146.863.041,00

En cuanto a la contraprestación por Infraestructura, se estableció que, partiendo de un avalúo de la infraestructura entregada en concesión, correspondiente al acta de entrega del 08 de agosto de 2013 que comprende un área de 5.254 m2 avaluada en COP \$10.176.328.950 y de acuerdo con el coeficiente de 1,5%, correspondería una contraprestación por valor anual de COP \$152.644.934,25 **que se irá actualizando con el IPC del año inmediatamente anterior.**

A partir del año 2019 Cormagdalena evidenció que las cuentas de cobro por concepto de la contraprestación por infraestructura que habían sido expedidas a partir de la anualidad 7 no tuvieron en consideración la actualización anual de acuerdo con el IPC del año anterior, tal como se estableció en la Resolución No. 0451 de 2013. Por lo anterior, expidió la cuenta de cobro No. 102 del 3 octubre de 2019, por la cual Cormagdalena cobró el valor correspondiente a la diferencia de la contraprestación por infraestructura de las anualidades 7, 8, 9, 10 y 11, la cual incluyó los intereses de mora del valor correspondiente a la diferencia de la contraprestación por infraestructura de dichas anualidades, liquidados al 8 de octubre de 2019.

Adicionalmente, Cormagdalena expidió la cuenta de cobro No. 108 de 2019 correspondiente al pago de la anualidad 12 (2019-2020) por concepto de Zona de Uso Público e Infraestructura de acuerdo con la Resolución No. 451 del 10 de diciembre de 2013.

La Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. mediante oficio del 7 de octubre de 2019, radicado bajo el No. 201902005430, se opuso al cobro de las cuentas de cobro No. 102 y 108 de octubre de 2019 y solicitó la suspensión del cobro de la contraprestación.

Mediante oficio 202001000325 del 6 de febrero de 2020, Cormagdalena informó a la Interventoría que, con corte a 31 de diciembre de 2019, el Concesionario se encuentra en mora por concepto de: i) el pago de la 12ª anualidad y ii) del cobro de la diferencia no cobrada en las liquidaciones de la Contraprestación por Infraestructura de las anualidades 7, 8, 9, 10 y 11.

En el Informe Mensual No. 9 presentado por la Interventoría Consorcio Incoplan Ingeproyect, el Componente Financiero realizó una reliquidación de la deuda del Concesionario aplicando la siguiente metodología para el cálculo de los intereses moratorios:

i. Para el componente de la contraprestación relacionado con la Zona de Uso Público, se reliquidó empleando la tasa moratoria contemplada en la Cláusula Octava del Contrato de Concesión, es decir, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 80 de 1993; y

ii. Para el componente de la contraprestación relacionado con Infraestructura, se reliquidó empleando la tasa moratoria máxima permitida por la Superintendencia Financiera, de acuerdo con lo establecido en la Resolución No. 451 de 2013 de Cormagdalena.

Mediante oficio CCM-513-RL del 02 de septiembre de 2020, con Radicado Cormagdalena 202002004352, la anterior Interventoría, Consorcio Incoplan Ingeproyect, presentó concepto jurídico y financiero en el que se explicó la metodología de cálculo de los intereses

moratorios aplicable al pago de la contraprestación portuaria del Contrato de Concesión suscrito entre Sociedad Portuaria de Barrancabermeja y Cormagdalena.

Finalmente, conforme al informe de incumplimiento ajustado por la Interventoría INGEPROYECT y remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000830 del 29 de abril de 2021, presentó un estado de cartera a 31 de diciembre de 2020 por el saldo de la anualidad 12 y la totalidad de la anualidad 13.

Ahora, durante el desarrollo del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio, la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja en sus descargos manifestó:

Dra. CLAUDIA MARCELA DÍAZ: al día de hoy la anualidad 12 y 13 se encuentra al día, a la fecha lo que se tiene en mora es el pago de los intereses moratorios de las anualidades 7,8,9,10 y 11 debido a que cuando CORMAGDALENA remitió la cuenta de cobro 102 y 108 con el reajuste al IPC que no se había realizado según lo establecido en la Resolución 0451 del 2013, este Concesionario se manifestó a través de dos oficios que fueron dirigidos a CORMAGDALENA el 03 de octubre del 2019, en el que se señaló que estamos de acuerdo y reconocemos la deuda del aumento del IPC conforme se estipuló, pero que no pudimos cancelar sin una factura correspondiente, por lo que se propuso a la entidad el pago del capital, pero la entidad adujo que se debían pagar también los intereses de mora y no desde la expedición de la factura, sino desde que se causaba cada anualidad, es decir la anualidad 7 desde el 09 de octubre del 2014, la 8 desde el 09 de octubre del 2015 y así sucesivamente, el Concesionario se negó porque consideramos que no debemos pagar intereses sobre algo que no se había facturado, estructurándose un cobro de lo no debido. Adicionalmente, debemos resaltar que en la liquidación enviada por Cormagdalena se liquidan los intereses a la tasa fijada por la Superintendencia Financiera de Colombia, esto es de alrededor del 2,14 y el 2,35, pero posteriormente nos dan traslado de una comunicación en la que nos dicen que se debe hacer la reliquidación al 12% desde cada fecha de anualidad causada, con lo que tampoco estamos de acuerdo, no entendemos la razón del cambio, cuando las veces que hemos estado en mora se ha hecho a la tasa de la Superintendencia Financiera de Colombia. ¿Por qué CORMAGDALENA nos está liquidando intereses con retroactividad al 12% sobre algo que ellos mismos no causaron?, no podemos pagar por el error o la omisión de la entidad, es más, a la fecha no han realizado el aumento del IPC de las anualidades 12 y 13, es decir que seguimos en la misma omisión en la facturación para poder realizar los pagos, porque nosotros no podemos ir al banco y pagar el ajuste sin que medie una factura emitida por la entidad.

Nosotros reconocemos los intereses desde la expedición de la factura, esto es desde el 08 de octubre del 2019 y a la tasa que nos liquidaron inicialmente y que siempre hemos venido manejando, la de la Superintendencia Financiera y no por el 12%.

Por otro lado queremos hacer referencia a una solicitud que se ha presentado a CORMAGDALENA con ocasión a la expropiación de una parte del terreno que se entregó en concesión a la SP de Barrancabermeja y que pasó a manos del municipio de Barrancabermeja, pues el Concesionario ha pagado a CORMAGDALENA sobre la franja total de terreno pese a que desde el 2013 se ordenó la expropiación de una franja.

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario y señaló en su escrito de descargos:

... “Ausencia de incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 01 de 2008.

conforme se advierte del mismo pliego de cargos, las cuentas de cobro se encuentran en discusión, dado que, conforme lo manifestó la Sociedad Portuaria en su comunicado de fecha 7 de octubre de 2019, ratificando lo dicho en reunión anterior que data del 17 de septiembre de esa anualidad, la modificación de la franja de terreno entregada sufrió modificaciones, razón suficiente para modificar el valor de la contraprestación.

A pesar de lo manifestado por la Sociedad Portuaria, en ejercicio de sus derechos como sujeto contractual, pues le era absolutamente válido cuestionar el cobro efectuado por Cormagdalena, esta última, en vez de brindar las explicaciones de rigor y oportunas frente al cobro de la contraprestación, creando un espacio de diálogo con el concesionario, lo que hace es dar apertura a un procedimiento administrativo sancionatorio mucho tiempo después para imponer una multa a la precitada sociedad.

La comunicación emitida por la Sociedad Portuaria era absolutamente diáfana, y en este se pedía a la entidad la revisión del cobro de la contraprestación, la entidad hizo caso omiso a ello.

Por ende, no puede plantearse en esta sede de procedimiento administrativo sancionatorio un presunto incumplimiento parcial del contratista cuando, ni siquiera, la entidad a entregado elementos suficientes que permitan concluir que el cobro que efectúa es el debido, acorde con la naturaleza del contrato celebrado.

En ese contexto, es sabido por la Administración que, en materia sancionatoria, está proscrita toda responsabilidad objetiva y que, en caso de dudas, debe resolverse en favor del administrado bajo el principio de in dubio pro administrado” ...

... “La citación de CORMAGDALENA viola el principio fundamental de Buena Fe y el principio de Confianza Legítima:

llama la atención que, con ocasión a la emisión de unas cuentas de cobro hace más de tres años, ahora pretenda la entidad el cobro del IPC e intereses moratorios, a pesar de que el Contratista se encontraba (SIC) a paz y salvo.

La inacción de la entidad está generando un empobrecimiento al Contratista que no tiene el deber jurídico de soportar. No es posible que la entidad, cobre intereses moratorios por más de 6 años (si se tiene en cuenta el cobro de la anualidad 7) sólo hasta el mes de octubre de 2019.

Esto atenta contra el principio de buena fe y de confianza legítima, pues lo que se esperaba de la Administración es su acción oportuna, empero, la mora no puede ser imputable al Contratista ni atribuible a esta cuando fue la entidad la que efectuó un cobro, en su sentir, indebido.” ...

... “NO se presentan los presupuestos para imponer la multa en los términos indicados por CORMAGDALENA:

No está de más advertir que pese a la ausencia de plazos preclusivos durante el trámite sancionatorio para multar a los contratistas de la Administración, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 sí establece un límite al ejercicio de la facultad en cabeza de las autoridades para imponer sanciones, pues establece que esta caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.

Como quiera que se están cobrando intereses de mora desde los años 2014, 2015, 2016 y 2017, debe entenderse que ese es el hecho que, supuestamente, sirve de soporte la imponer la sanción” ...

... “CORMAGDALENA no ha acreditado los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio:

le corresponde al reclamante acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.

Frente a la ocurrencia del siniestro, resulta claro que no existe materialización del riesgo asegurado, como quiera que la póliza de cumplimiento que sirve de fundamento para la vinculación de mi procurada ampara los hechos imputables al deudor contratista que implican el incumplimiento de obligaciones contractuales que afecten de forma grave y directa la ejecución del contrato.

Debe existir una relación causal entre el hecho y el daño para que surja la obligación condicional del asegurador, caso contrario, no existiría siniestro. En este evento y como ya se precisó, no existe causal de incumplimiento por parte del contratista.” ...

... “De la aplicación de saldos para el pago de la Multa, Compensación y la Proporcionalidad.

en el evento que CORMAGDALENA insista en los cargos -que no tienen asidero jurídico-, es preciso tener en cuenta que, tanto la ley, como el contrato de seguro, prevén la aplicación de la compensación en caso de existir saldos a favor del contratista.

En consecuencia, tal y como lo dispone la ley, de existir saldos a favor del contratista, ruego a la entidad aplicarlos para el pago de la sanción que se imponga.”

...

Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas documentales aportadas por el Concesionario durante el periodo probatorio, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio dos pruebas por informe, una a cargo de la SECRETARÍA GENERAL y la otra a cargo de la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL, de conformidad con lo previsto en los artículos 275, 276 y 277 del Código General del Proceso con el fin de esclarecer la controversia.

El día 25 de agosto del 2021, se recibió el informe de la SECRETARÍA GENERAL con radicado de Cormagdalena No. 2021-100-1609, en cuatro (4) folios y quince (15) folios de anexos, para un total de diecinueve (19) folios y el 24 de noviembre del 2021, la SUBDIRECCIÓN DE GESTIÓN COMERCIAL, a través de la comunicación interna No. 2021-100-2239, allegó en cuatro (4) folios la prueba por informe decretada a su cargo.

En aplicación del Código General del Proceso se les corrió traslado a los convocados vía correo electrónico, para que en el término de cinco (5) días solicitaran aclaración, complementación y/o ajuste al mismo.

Dentro del término de traslado, la defensa de la Sociedad Portuaria allegó a través de correo electrónico, la solicitud de aclaración y complementación a la prueba por informe, por su parte la aseguradora guardó silencio.

Por su parte, esta Oficina Asesora Jurídica formuló de oficio solicitudes de aclaración y complementación de la prueba por informe a cargo de la SECRETARÍA GENERAL.

Presentada la aclaración y complementación, se le otorgó la palabra en audiencia a la profesional designada por la Secretaría General para que se sirviera exponer las conclusiones del informe.

A continuación, nos permitimos citar los extractos más relevantes del informe y su complementación:

... “A la pregunta 1.1. Si conforme a lo señalado, a la fecha, los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12 presuntamente adeudadas por la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A. se encuentran saldadas, sírvase indicar sí o no y las razones de su respuesta; en todo caso explique y desarrolle su respuesta.

*Respuesta: Respecto a este interrogante, nos permitimos informar que a la fecha **sobre los intereses moratorios de las anualidades No 7, 8, 9, 10, 11 y 12 no se encuentran saldos**. Lo anterior dado que con el pago realizado el día 30 de julio de 2020 por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MCTE (\$342'464.632) se cubrieron dichos intereses.*

A la pregunta 1.2. Sírvase aclarar sí el pago de la contraprestación de la anualidad 13 se encuentra saldado, indicar sí o no y las razones de su respuesta; en todo caso explique y desarrolle su respuesta.

*Respuesta: Respecto a este interrogante nos permitimos indicar que **a la fecha esta anualidad no ha sido cancelada en su totalidad**, dado que en la actualidad el valor adeudado es TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$342'658.948) correspondientes al saldo de la anualidad 13 y los intereses de mora liquidados del 4 de mayo de 2021 a 31 de mayo de 2022.*

Lo anterior debido a que, con el pago realizado el 3 de mayo de 2021 por valor de CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS MCTE (\$410'000.000) se aplicó al saldo de la anualidad 12, se abonó a la anualidad 13 y se cubrieron los intereses generados por el retraso en el pago de estas dos anualidades.

A la pregunta 2. Considerando el periodo transcurrido entre la presentación del primer informe y la actual solicitud de actualización y complementación, se solicita a

la SECRETARIA GENERAL allegar el estado de cuenta actual de la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A.

Respuesta: Se adjunta estado de cuenta actualizado, con fecha de corte al 31 de mayo de 2022 por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MCTE (\$ 342'658.948)" ... (negrilla y subrayado énfasis propio)

Teniendo en cuenta los argumentos presentados por los convocados y las conclusiones de los informes citados, resulta claro para este Despacho que, al margen de la controversia advertida por los convocados respecto de la aplicación de los intereses cobrados por Cormagdalena, el primer cargo denunciado por la Interventoría en el informe de incumplimiento se encuentra superado, pues la misma tesorería de CORMAGDALENA ha afirmado que a la fecha tanto el reajuste del IPC como los intereses moratorios de dicho reajuste se encuentran saldados, así:

... "nos permitimos informar que a la fecha sobre los intereses moratorios de las anualidades No 7, 8, 9, 10, 11 y 12 no se encuentran saldos. Lo anterior dado que con el pago realizado el día 30 de julio de 2020 por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MCTE (\$342'464.632) se cubrieron dichos intereses." ...

En este punto, debemos poner de presente que de conformidad con el manual de funciones de la entidad y las competencias otorgadas a esta Oficina Asesora Jurídica para adelantar el presente procedimiento administrativo sancionatorio, no se encuentra el control de legalidad de las actuaciones desplegadas por las demás áreas de la entidad en el marco de sus funciones, en este caso concreto por el área de tesorería de Cormagdalena al realizar la imputación de pagos, por lo que este Despacho debe resolver la actuación con base en el acervo probatorio, determinando de manera objetiva si los hechos que dieron lugar a la apertura del procedimiento administrativo configuran un incumplimiento contractual que dé lugar a la imposición de una sanción.

Así las cosas, este Despacho encuentra superado el incumplimiento relativo al no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12 y dará continuación al análisis respecto al presunto incumplimiento del pago de la anualidad 13, así:

En relación con el principio *indubio pro administrado*

Dentro de los puntos principales de la defensa del concesionario y garante presentan el principio *indubio pro administrado* para solicitar el archivo de la actuación administrativa argumentando que existe una presunta duda con ocasión a la pertinencia del cobro de la anualidad o por lo menos sobre la cuantía indicada.

... "conflicto que se ha planteado con ocasión a la pertinencia del cobro de esta anualidad o por lo menos en la cuantía indicada, este conflicto genera un escenario de duda y bajo el principio de Indubio pro administrado, al estar en duda el monto y la causa de esa anualidad, en línea de principio la duda debería ser resuelta en favor del Concesionario"⁶ ...

⁶ Cita de los alegatos de conclusión presentados por el apoderado de la Compañía Garante

Sobre el principio del *indubio pro administrado*, la Corte Constitucional⁷ se ha referido en los siguientes términos:

***“La regla que ordena resolver las dudas razonables en favor del investigado (regla in dubio pro reo, in dubio pro administrado, in dubio pro disciplinado) es una consecuencia natural de la presunción constitucional de inocencia y constituye la contracara misma de la carga de la prueba que pesa sobre el Estado, a través de las entidades que ejercen el poder público. Así, no obstante que la norma constitucional no exija expresamente que las dudas razonables sean resueltas en beneficio de la persona investigada, se trata de una conclusión forzosa que resulta de constatar que, a pesar de los esfuerzos demostrados durante el desarrollo del procedimiento y en desarrollo del deber de instrucción integral, el Estado no cumplió la carga probatoria que le incumbía y, por lo tanto, no logró recaudar o aportar pruebas suficientes para desvirtuar la presunción de inocencia.*”**

Por su parte, el Máximo órgano de la jurisdicción contenciosa administrativa sobre el principio en comento, ha señalado:

“No obstante lo anterior, es indispensable señalar que los principios de presunción de inocencia y de “in dubio pro administrado”, admiten modulaciones en derecho administrativo sancionatorio que incluso podría conducir a su no aplicación, es decir procedimientos administrativos sancionatorios en los que se parte de la regla inversa: se presume la culpabilidad, de forma tal que la carga de la prueba se desplaza al presunto infractor y para que éste no sea declarado responsable debe demostrar durante la actuación administrativa que actuó diligentemente o que el acaecimiento de los hechos se dio por una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un tercero). No se trata de un régimen de responsabilidad objetiva sino de una reasignación de la carga probatoria, la responsabilidad sigue siendo subjetiva porque como se desprende de lo afirmado existe la posibilidad de exoneración comprobando un comportamiento ajustado al deber objetivo de cuidado.”⁸

De acuerdo con lo anterior, la aplicación del principio del *indubio pro administrado*, surge cuando, no se acreditan las circunstancias fácticas que obligan a la imposición de una pena o sanción en contra del particular sometido a un procedimiento, es decir, opera la regla “en caso de duda, resuélvase en favor del investigado”.

En ese orden, en el procedimiento que nos ocupa se encuentra plenamente acreditada la existencia del contrato de concesión No. 01 de 2008, en el cual se pactó en la cláusula octava, la obligación del pago de una contraprestación en favor de Cormagdalena, actualizable con base en el IPC de la anualidad inmediatamente anterior, cuestión que permaneció intacta, inclusive, con el reajuste realizado mediante Resolución 451 de 2013.

Con lo anterior se concluye que, la naturaleza explícita de las obligaciones contenidas en las cláusulas octava y decimocuarta del contrato, conocidas y que debían ser cumplidas por las partes, respecto de las cuales no hay dudas sobre su existencia, validez y eficacia. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta la voluntad original de los contratantes, e interpretando la realidad negocial del contrato de concesión No. 01 de 2008, no se evidencia

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-495 de 2019

⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO Bogotá, D.C., veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012) Radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

duda alguna sobre la exigibilidad de lo pactado y los términos del pago que debía hacer el concesionario, y que este reconoce en sede administrativa, por lo que no existiría duda sobre las obligaciones que generaron intereses y saldos que el concesionario debe asumir, so pena de que se pretenda enriquecer sin causa y correlativamente empobrecer al Estado.

Luego se desestima cualquier manto de duda, la obligación que da origen al cobro de la anualidad 13 fue estipulada y aceptada por las partes y así mismo debe ser honrada.

De la presunta violación al principio fundamental de Buena Fe y el principio de Confianza Legítima

El numeral segundo del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, establece lo siguiente:

“los contratistas colaborarán con las entidades estatales en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramientos que pudieran presentarse.”

El artículo 83 de la Constitución Política de 1991, impone a los particulares y a las autoridades, la obligación de ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presume en todas las actuaciones que estos adelanten.

Este principio permea todo el ordenamiento jurídico colombiano, y guarda especial importancia en el ámbito de las relaciones jurídico- negociales, espacio propicio donde los agentes que intervienen en el medio, contraen obligaciones.

Sobre el particular, el artículo 1603 del Código Civil, consagra lo siguiente:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella”.

Sobre el principio de buena fe, especialmente en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha indicado, lo siguiente:

“Sin embargo con frecuencia inusitada se cree que la buena fe a que se refiere estos preceptos consiste en la convicción de estar obrando conforme a derecho, en la creencia de que la conducta se ajusta en un todo a lo convenido y, en general, en el convencimiento de que se ha observado la normatividad y el contrato, independientemente de que esto sea efectivamente así por haberse incurrido en un error de apreciación porque se piensa que lo que en verdad importa es ese estado subjetivo consistente en que se tiene la íntima certidumbre de haber actuado bien.

*Empero nada más lejano de la realidad que esa suposición porque la buena fe contractual no consiste en creencias o convicciones de haber actuado o estar actuando bien, es decir no es una buena fe subjetiva, sino que estriba en un comportamiento real y efectivamente ajustado al ordenamiento y al contrato y por consiguiente ella, tal como lo ha señalado ésta Subsección, “**consiste fundamentalmente en respetar en su esencia lo pactado, en cumplir las obligaciones derivadas del acuerdo, en perseverar en la ejecución de lo convenido, en observar cabalmente el deber de informar a la otra parte, y, en fin, en desplegar un comportamiento que convenga a la realización y ejecución***

del contrato sin olvidar que el interés del otro contratante también debe cumplirse y cuya satisfacción depende en buena medida de la lealtad y corrección de la conducta propia”, es decir, se trata aquí de una buena fe objetiva y “por lo tanto, en sede contractual no interesa la convicción o creencia de las partes de estar actuando conforme a derecho” o conforme al contrato, pues tales convencimientos son irrelevantes porque, habida cuenta de la función social y económica del contrato, lo que en verdad cuenta son todos los actos reales y efectivos que procuran la cabal realización de estas funciones dentro del ámbito de la legalidad y de la lealtad y corrección, esto es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.⁹

Teniendo en cuenta la jurisprudencia antes citada, resulta claro que en materia contractual, la buena fe no puede ser presumida por una creencia o convicción de un buen actuar, sino que la misma consiste en el respeto por lo pactado, y en el caso que nos ocupa, el concesionario, ha intentado desconocer una obligación a su cargo en el sentido de no pago de intereses por no haber procedido con la cancelación de los reajustes anuales en virtud del IPC, alegando una presunta omisión por parte de Cormagdalena, sin tener en cuenta que esta obligación a cargo del concesionario, surge del contrato que conoce y que debía ejecutarse conforme como se precisa en el mismo contrato o que debía ser advertida, de conformidad con la lealtad que debe predicarse en la relación negocial, pese a que a la fecha el hecho se encuentre superado.

Ahora, en lo relativo a la anualidad 13, punto que nos ocupa, la defensa argumenta que presentó una solicitud de reajuste de la contraprestación con ocasión del área de terreno expropiada y que por tal motivo manifiesta no estar de acuerdo con la liquidación presentada por Cormagdalena. Sobre el particular cabe advertir que los contratos públicos dentro de sus características especiales, se encuentra el de la solemnidad, esto es que debe constar por escrito y al respecto el Consejo de Estado nos recuerda¹⁰:

... “Recuérdese, por lo demás, que el contrato celebrado por la administración con los particulares es de carácter solemne, es decir, que para su eficacia, de acuerdo con el régimen jurídico de derecho público al cual está sometido, se requiere que se eleve a escrito la manifestación de voluntad, de manera que la ausencia de este conlleva la inexistencia del negocio jurídico e impide el nacimiento de los efectos jurídicos pretendidos por las partes, toda vez que éstas no tienen libertad de forma, “...pues la solemnidad escrituraria hace parte de la definición del tipo negocial por razones de seguridad y certeza en razón a que se trata de una normativa reguladora de la contratación de las entidades públicas...”. Igualmente, por sabido se tiene que esta solemnidad según la cual esta clase de contratos deben constar por escrito, constituye un requisito ad substantiam actus, esto es, sin el cual el negocio no existe y, por tanto, carece de efectos en el mundo jurídico; ello implica que la falta del documento que contiene el acto o contrato no pueda suplirse con otra prueba, pues en aquellos negocios jurídicos en los que la ley requiere de esa solemnidad, la ausencia del documento escrito implica a que se miren como no celebrados y su

⁹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, Bogotá D.C, diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043)

¹⁰ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera, Consejero Ponente: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá D.C., dos (2) de mayo de dos mil siete (2007). Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01123-01(16211)

omisión de aportarlos en legal forma dentro de un proceso judicial impide que se puedan hacer valer o reconocer los derechos y obligaciones efectos jurídicos que en nombre o a título de él se reclaman. En tal virtud, concluyó la Sala en la jurisprudencia transcrita in extenso y que ahora se reitera, que, la regla general es que las relaciones contractuales del Estado deben constar por escrito, dado que éste constituye requisito ad substantiam actus y ad solemnitatem, en la forma y condiciones señaladas en los artículos 18 del Decreto ley 150 de 1976, 26 del Decreto ley 222 de 1983, 39 y 41 de la Ley 80 de 1993 y, por lo tanto, no es posible probar el contrato con cualquier otro medio probatorio previsto en la ley procesal” ...

Así las cosas, esta solemnidad debe ser atendida no solo en la suscripción del contrato inicial, sino también sobre cualquier modificación contractual, y no reposa en el expediente sancionatorio prueba alguna de la suscripción de modificación sobre las condiciones pactadas, por lo que al Concesionario le asiste la obligación de pagar la contraprestación en los términos acordados.

Adicionalmente, en relación con el *principio pacta sunt servanda*, a pesar de ser de estirpe *iusprivatista*, tiene plena aplicación en los contratos de derecho público, y en especial, dentro de la actividad contractual de la Administración Pública, debido a la incorporación permitida por el legislador, de las normas del derecho civil y comercial, dentro del estatuto de contratación de las entidades estatal, como se observa en el contenido de los artículos 13 y 40 de la ley 80 de 1993.

Las normas antes mencionadas, permiten la aplicación del principio de la fuerza obligatoria y vinculantes para los sujetos contratantes, que se encuentra señalado en el artículo 1602 del Código Civil, en los siguientes términos: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”*

Sobre el particular, el Máximo Órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha señalado:

“El contrato, como expresión nítida que es de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado positivamente en el artículo 1602 del Código Civil, por cuya inteligencia los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En perfecta consonancia, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. La inobservancia o violación de estos principios, que suponen el carácter y la fuerza vinculante para las partes y con efectos frente a terceros de un contrato existente y válido, como fuente de obligaciones que es (art. 1494 C.C.), con el consiguiente deber de tener en cuenta en su ejecución las exigencias éticas y de mutua confianza, hace caer en responsabilidad a la parte que comete la infracción al contenido del título obligacional.”¹¹

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo contencioso-administrativo. Sección tercera. Sentencia de 22 de julio de dos mil nueve 2009. Rad.: 17552C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

En ese orden, la conducta exigible del concesionario, en consonancia con los principios antes señalados, generaba un deber de cumplir con el contenido obligacional del contrato, en los términos pactados en el mismo y en la resolución 451 de 2013.

Caducidad de la acción

El siguiente argumento de fondo presentado por la defensa de la Compañía aseguradora es la presunta caducidad de la facultad sancionadora de la Entidad, pues afirma que conforme al artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, los hechos por los cuales se aperturó el procedimiento administrativo excedieron el término de los tres años para imponer la sanción.

... “No está de más advertir que pese a la ausencia de plazos preclusivos durante el trámite sancionatorio para multar a los contratistas de la Administración, el artículo 52 de la Ley 1437 de 2011 sí establece un límite al ejercicio de la facultad en cabeza de las autoridades para imponer sanciones, pues establece que esta caduca a los tres (3) años de ocurrido el hecho, la conducta u omisión que pudiese ocasionarlas, término dentro del cual el acto administrativo que impone la sanción debe haber sido expedido y notificado.” ...

Para abordar el presente argumento debemos partir de la naturaleza de las obligaciones a cargo del Concesionario y presuntamente incumplidas, pues la norma citada por el apoderado establece dos supuestos diferentes para el computo del término de caducidad, el primero tiene que ver con las denominadas por la doctrina, obligaciones de ejecución inmediata, entendidas estas como *“aquellas en que la prestación debe cumplirse íntegramente en un único acto, aisladamente considerado, que la consuma”*¹², para la cual la norma establece para la facultad sancionadora el término de 3 años contados a partir de la ocurrencia del hecho, conducta u omisión; y la segunda, aquellas obligaciones de tracto sucesivo o continuas, *“aquellas cuyo cumplimiento se desarrolla en el tiempo mediante una serie de actos del deudor.”*¹³, en las que el término de los 3 años se debe contar desde el día siguiente a aquel en que cesó la infracción y/o la ejecución.

En el caso concreto, nos encontramos frente a una obligación de tracto sucesivo, pues el Concesionario debe pagar la contraprestación conforme a lo convenido en la cláusula 8 del contrato 01 de 2008, la cual señala que por un periodo de quince (15) años, el Concesionario deberá pagar en quince (15) cuotas anuales. Lo anterior quiere decir, que la obligación es una sola, (pago de la contraprestación), la cual las partes acordaron pagar en periodos anuales, obligaciones que por su naturaleza son susceptibles de cumplirse en un solo acto, pero que sin embargo ese cumplimiento aislado, o de una sola vez, se sustituye por varios actos que el deudor debe repetir durante ciertos periodos de tiempo.

Luego, el argumento del apoderado parte de un error en la naturaleza de la obligación, pues presenta una obligación continua como una obligación de ejecución instantánea, afirmando entonces que sobre cada anualidad se debe contar el término de caducidad, lo cual es una interpretación improcedente. El término de caducidad deberá contabilizarse de conformidad con el segundo inciso del artículo 52 de la Ley 1437 de 2011, cuando establece:

¹²

https://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjY0tDtblUoulM_DxblwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAoBaBEzUAAAA=WKE

¹³ Ibidem

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

Así las cosas, no es cierto que haya caducado la facultad sancionadora de la Entidad y en todo caso debemos recordar que, conforme a las pruebas obrantes en el expediente, el presunto incumplimiento por el no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12 se encuentra superado y persiste únicamente respecto de la anualidad 13.

Aunado a lo anterior, y teniendo en cuenta que la obligación pendiente por cumplir, esto es, el pago de la anualidad 13 corresponde al año 2020, en el escenario planteado por el profesional del derecho, no han transcurrido los tres (3) años que él mismo plantea.

Conforme a todo lo anterior no prospera el argumento señalado por el apoderado.

CORMAGDALENA no ha acreditado los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio

En el siguiente alegato presentado, el apoderado afirma que le corresponde a Cormagdalena acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.

Con respecto a la acreditación de los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio, iniciaremos por definir la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, denominado “garantía única” o “póliza “única de cumplimiento”, como aquella consistente en una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia a favor de una Entidad Pública. Como seguro de cumplimiento está orientado a proteger un interés asegurable, el interés del asegurado.¹⁴ Como seguro de cumplimiento de contratos estatales, el Consejo de Estado lo ha catalogado como un contrato estatal, así lo expresó en providencia el alto tribunal:

“[...] Se confirmará la decisión impugnada, toda vez que esta Sección del Consejo de Estado reafirmó la tesis jurisprudencial según la cual la Jurisdicción Contencioso Administrativa es competente para conocer de los proceso ejecutivos, cuya fuente radica en los contratos de seguros celebrados por el contratista y la compañía aseguradora, para garantizar el contrato estatal; es así como en auto de 30 de enero de 2008, reiterado en providencia calendada en abril 9 del mismo año –a manera de síntesis- se concluyó que:

[...] 2.4. Competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de proceso ejecutivos derivados de los contratos de seguro de cumplimiento de contratos estatales.

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

¹⁴ Ordoñez Ordoñez, Andrés E. El Seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[...]" (Subrayado fuera de texto).¹⁵

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

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

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

De acuerdo con el Consejo de Estado, el contrato de seguro de cumplimiento de Entidades estatales es especial, en el sentido que es diferente de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio.¹⁶

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

"En realidad, lo que acontece con las garantías constituidas en favor de las entidades estatales es que se invierte el procedimiento de reclamación contemplado en el Código de Comercio, pues al paso que en éste el beneficiario y/o el asegurado debe acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño -con su monto-, cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza es a la compañía de seguros a quien le corresponde acudir ante el Estado –debido proceso- a defender su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, que ya no depende del reconocimiento voluntario que haga la compañía, sino que pasa a manos de la administración decidir si se presentó o no hecho cubierto con la garantía. Esta posibilidad se reforzó con la expedición de la ley 1.150 de 2007, que reiteró esta potestad en manos de la administración [inciso cuarto del art. 7]. Nótese que incluso en vigencia de esta norma la potestad para declarar el siniestro no se limita a las garantías bancarias o a las constituidas con las compañías de seguros, sino a cualquier otra que el

¹⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 250002326000199704694-01 (22.339). Sentencia de 6 de Agosto de 2009. M.P. Mauricio Fajardo.

¹⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001233100020000172001 (24609).Sentencia del 19 de Febrero de 2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

decreto reglamentario autorice, lo cual efectivamente materializó el decreto reglamentarios 4828 de 2008, que incorporó garantías nuevas, con la posibilidad indicada aquí.”¹⁷ (Negrilla y subrayado fuera de texto)

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

Aunado a lo anterior, tenemos que, el Consejo de Estado en sentencia más reciente realizó un cambio de jurisprudencia en este sentido, a saber:

*“Finalmente, la Sala precisa que el artículo 1077 del Código de Comercio establece que **le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso**. Estima la Sala que, por regla general, cuando el que se entiende configurado es el amparo de cumplimiento propiamente dicho y lo que se pretende hacer efectivo es el pago de la cláusula penal o las multas, **no será necesario que en el trámite administrativo se discuta acerca de la determinación del monto de la pérdida —o en el caso de la multa de la sanción—, en la medida que el monto de la multa y de la estimación anticipada del perjuicio son aspectos que están definidos de antemano en dichas cláusulas desde la celebración misma del contrato amparado.**”¹⁸(negrilla y subrayado fuera de texto.)*

De la anterior sentencia, se destaca que el asegurado es quien debe demostrar la ocurrencia del siniestro, al igual que no es necesario la determinación del monto de la pérdida en tratándose de cláusulas penales o multas.

Al no existir una sentencia de unificación por parte del Alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo al respecto; para el caso en concreto, tenemos que, por un lado, la compañía garante no ha demostrado la NO ocurrencia del siniestro y de otra parte resulta claro para este Despacho que, conforme al acervo probatorio, sí existe obligación legal y contractual de la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja de pagar la contraprestación, y se probó conforme a las pruebas recaudadas, el análisis de esta oficina a lo largo del presente acto administrativo del incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Barrancabermeja.

Así las cosas, es menester recalcar que, tratándose de una multa y conforme a la jurisprudencia señalada, no se debe demostrar el perjuicio en el trámite administrativo, en la medida que el monto de la multa es un aspecto que está definido de antemano en las cláusulas del contrato, para el caso, en la Cláusula Décima Novena punto siete señala *“Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en el Artículo Decimocuarto y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada”*

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 210. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) MP. Enrique Gil Botero

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. C.P Dr. José Roberto Sáchica Méndez. Rad. No. 250002326000201000660 01 (53.318).

Confirmando lo expuesto, el numeral 6.2 del mismo clausulado de la póliza de cumplimiento No. AA 022972, expedida por la Compañía Garante que ampara el cumplimiento del contrato No. 01 de 2008, nos recuerda:

“En caso de aplicación de multas parciales, una vez agotado el debido proceso y garantizados los derechos de defensa y contradicción del contratista garantizado y su garante conforme lo establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la entidad estatal contratante asegurada proferirá el acto administrativo correspondiente en el cual impondrá la multa y ordenará su pago tanto al contratista garantizado como al garante. El acto administrativo correspondiente, constituye el siniestro.”

No existe probada una causal legítima que exima de responsabilidad al Concesionario y en tal sentido, se desestima el argumento.

De la aplicación de saldos para el pago de la Multa, Compensación y la Proporcionalidad.

Como alegato final, la defensa de la Compañía Aseguradora solicita que, en caso de declararse el incumplimiento, de manera subsidiaria se de aplicación al principio de proporcionalidad, así mismo, solicita se proceda a aplicar la compensación y descontar el valor de la multa directamente de los saldos que se adeuden al Concesionario sin necesidad de declarar el siniestro y afectar la póliza.

Proporcionalidad.

Respecto al principio de proporcionalidad, se debe recordar que el juicio de proporcionalidad no se adelanta de la misma manera para la imposición de multas que para hacer efectiva una cláusula penal como se pudo interpretar de su solicitud, pues la naturaleza de ambas herramientas difiere tanto en sus objetivos como en sus consecuencias.

En afinidad, el Consejo de Estado nos enseña que la multa tiene como objeto constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contraídas cuando se evidencie la ocurrencia de incumplimientos parciales y en vigencia del plazo contractual, luego busca conminar al contratista incumplido a satisfacer la obligación parcialmente incumplida.

Mientras que la cláusula penal es una medida que busca no sólo exigir, sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista:

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

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también

sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”¹⁹

Adicionalmente, el artículo 1596 del Código Civil regula la hipótesis en que el incumplimiento de la obligación principal ha sido parcial y el acreedor recibe parte del objeto debido, otorgando el derecho al deudor para que la pena se rebaje proporcionalmente:

“Si el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte, tendrá derecho para que se rebaje proporcionalmente la pena estipulada por falta de cumplimiento de la obligación principal”

Por esta razón, en las declaratorias de incumplimiento con afectación de cláusula penal la administración debe tasar la sanción con base en el porcentaje de incumplimiento parcial o total del objeto contractual. En el caso que nos ocupa, no nos encontramos frente a la afectación de la cláusula penal, aquí se está imponiendo una multa y como se citó, la finalidad de este instrumento legal es dotar a la administración de herramientas para ejercer una debida vigilancia y control, conminando y/o exhortando al contratista al cumplimiento de sus obligaciones.

Al respecto, es importante destacar que, las partes se encuentran atadas a la máxima al *pacta sunt servanda*, que dentro del presente asunto, implica aplicar lo dispuesto en el numeral decimonoveno punto siete (19.7) del contrato de concesión portuaria No. 01 de 2008, en el cual, se fijó la tasación de la multa equivalente al 1% del valor de la contraprestación fijada. En consecuencia, no se observa por este Despacho la existencia de vulneración alguna al principio de proporcionalidad y razonabilidad, por el contrario, la medida resulta totalmente equilibrada para exigir al contratista que honre la obligación incumplida.

Así mismo, se observa que, al momento de pactar la cláusula en el contrato estatal, se atendió al principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta que la multa corresponde apenas al 1% del valor total de la contraprestación.

Compensación

Por último, procederemos a revisar lo concerniente a la solicitud de compensación elevada por la defensa de la Compañía Aseguradora.

Al respecto, el Código Civil contempló en su artículo 1714 que cuando dos personas son deudoras una de otra *“se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”*²⁰ y que para que opere se requiere:

“la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes:
1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual

¹⁹ Consejo de Estado, sentencia del 26 de noviembre de 2015, CP. Jaime Orlando Santofimio

²⁰ Artículo 1714 del Código Civil

género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.²¹

De tal manera que para que opere el fenómeno de la compensación, se requiere necesariamente que se den los elementos que determina el Código Civil atrás mencionados: que exista la coincidencia en las características de las obligaciones de tal manera que ambas sean en dinero, o de cosas fungibles o determinadas de igual género y calidad, que ambas deudas estén expresadas en determinado monto y que ninguna esté sometida a plazo o condición o cualquier otra circunstancia que impida su reclamación bien sea por disposición legal o estipulación contractual, es decir **que sean actualmente exigibles.**

A su vez, la Ley 80 de 1993 modificado por el artículo 218 del Decreto 019 de 2012 refirió que la parte resolutive de los actos administrativos sancionatorios o que impongan multas al contratista, se publicarán en el SECOP y se comunicarán a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista y a la Procuraduría General de la Nación, mientras que la Ley 1150 del 16 de julio de 2007, refirió que en ejercicio del deber de control y vigilancia sobre la ejecución de los contratos, las entidades:

“tendrán la facultad de imponer multas que hayan sido pactadas con el objeto de conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones (...) y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista (...). La cláusula penal y las multas así impuestas se harán efectivas directamente por las entidades estatales, pudiendo acudir para el efecto entre otros a los mecanismos de compensación de las sumas adeudadas al contratista, cobro de la garantía, o a cualquier otro medio para obtener el pago, incluyendo el de la jurisdicción coactiva”

De acuerdo a ello, para que opere el fenómeno de la compensación como modo de extinción de las obligaciones deben existir dos acreencias y que de conformidad con el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, para el cobro de las sanciones, estas solo existen cuando se encuentran en firme las decisiones que las declaran o imponen para hacerse efectivas.

Para nuestro caso en concreto la sanción aún no está en firme conforme las reglas del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), razón por la cual no puede accederse a la petición del apoderado de la Aseguradora, como quiera que no se cumplen los requisitos señalados en la norma dispuesta para el efecto.

Sin embargo, se informa que una vez en firme y previo al momento del cobro de la presente sanción se tendrán en cuenta los valores adeudados al contratista, si los hubiera, para proceder con la compensación en los términos que la Ley define.

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

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 con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 01 de 2008, suscrito entre **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA-** y la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.** en relación al incumplimiento de: “la Sociedad Portuaria de

²¹ Artículo 1715 del Código Civil

Barrancabermeja S.A. se encuentra incumplida respecto del pago de la Contraprestación de la anualidad No 13.”, en los términos de los oficios de citación No. CE- OAJ - 202103001956 del 01 de junio de 2021, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202103001955 del 01 de junio de 2021 enviada a la compañía garante.

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 DEL CONTRATO DE CONCESIÓN NO. 01 DE 2008 Y SE IMPONE MULTA A LA SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.**, iniciado a la **SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.** y a la Compañía **EQUIDAD SEGUROS GENERALES S.A.**, conforme el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

5.5. TASACIÓN DE LA MULTA.

El Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008 establece el Régimen Sancionatorio aplicable en sus Cláusulas Décima Novena y Vigésima.

El numeral 19.7 de la Cláusula Décima Novena señala *“Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentran previstas en el Artículo Decimocuarto y que no están contempladas expresamente en los numerales anteriores de la presente Cláusula, se impondrá una multa equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada”*

Con base en lo anterior, la tasación de la multa es la siguiente:

Valor Contraprestación = COP\$1.230.865.849

COP\$1.230.865.849 * 1% = COP\$12.308.658

DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (COP\$12.308.658)

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 9 días del mes de septiembre de 2022.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Daniel Acosta Moreno-Abogado OAJ 

Revisó: Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ 

Revisó: OMAA-Abogados Externos OAJ. 