

Resolución No.000369

"Por la cual se declara el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. NIT. 800.186.891 – 6".

EL 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, los siguientes: "(...) Los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)".

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

Que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, sobre la naturaleza y alcance de la multa, ha señalado: "la multa como herramienta cominatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena".¹

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

¹ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

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

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

Que en concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: "*(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...) Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. (...) En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...).*"

Que el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que "*(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia. Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...).*"

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

interpongan contra los actos administrativos que declaren incumplimientos, impongan multas, sanciones o declaren siniestros contractuales, convenios o pre contractuales...”.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

- 2.1. La EMPRESA PARA EL DESARROLLO DE LA ZONA PORTUARIA DE BARRANQUILLA S.A. EMPOBAQ S.A., presentó ante la Superintendencia General de Puertos, el 1 de marzo de 1993, solicitud de concesión portuaria, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las Resoluciones No. 113 del 15 de noviembre, 189 del 10 de diciembre de 1992 y 033 del 21 de enero de 1993 expedidas por la Superintendencia General de Puertos.
- 2.2. La EMPRESA PARA EL DESARROLLO DE LA ZONA PORTUARIA DE BARRANQUILLA S.A. EMPOBAQ S.A., modificó su denominación social por la de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. (en adelante el CONCESIONARIO), mediante Escritura Pública No. 645 del 15 de marzo de 1993, otorgada por la Notaría Tercera de Barranquilla.
- 2.3. Mediante Resolución No. 396 del 7 de mayo de 1993, emanada de la Superintendencia General de Puertos, se otorgó formalmente la concesión al CONCESIONARIO.
- 2.4. Que la Resolución No. 396 del 7 de mayo de 1993, fue modificada mediante la Resolución No. 713 del 1 de julio de 1993.
- 2.5. El 12 de julio de 1993 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, entre la Superintendencia General de Puertos (hoy función a cargo de CORMAGDALENA) y el CONCESIONARIO (en adelante “el Contrato de Concesión”), cuyo objeto corresponde a “una concesión portuaria en los siguientes términos: a) se otorga a EL CONCESIONARIO el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, descritos en las Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Décima Primera de este contrato, a favor de la Nación y del municipio de BARRANQUILLA, donde opera el mencionado terminal. El terminal será de servicio público, habilitado para el comercio exterior y para prestar servicio a toda clase de carga. b) Se otorga a EL CONCESIONARIO el derecho a utilizar temporalmente los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes alinderados en la Cláusula Tercera, relacionados en la Cláusula Quinta del presente contrato, a cambio de la contraprestación de que trata la Cláusula Décima Primera del mismo, a favor de la Nación exclusivamente. Por su parte EL CONCESIONARIO explotará el negocio portuario en el área entregada en concesión y cobrará las tarifas correspondientes de conformidad con la ley.”
- 2.6. El 13 de diciembre de 1993 y el 10 de febrero de 2009 se suscribió entre las señaladas partes las Actas de Entrega de bienes de uso público a el CONCESIONARIO.
- 2.7. A la fecha se han suscrito los siguientes otrosíes en el marco del Contrato de Concesión:
 - a. Otrosí No. 1 del 02 de agosto de 1993.
 - b. Otrosí No. 2 del 20 de septiembre de 1993.
 - c. Otrosí No. 3 del 20 de septiembre de 1993.
 - d. Otrosí No. 4 del 29 de septiembre de 1993.
 - e. Otrosí No. 5 del 09 de marzo de 2007.
 - f. Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2008.
 - g. Otrosí No. 7 del 23 de diciembre de 2008.

3. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES Y MULTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 008 DE 1993 SUSCRITO CON LA SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. NIT. 800.186.891 – 6, Y PRUEBAS

Mediante los oficios No. CINP – 484 – 246 – 0563, de fecha 10 de febrero de 2021, y CINP – 484 – 261 – 0788, de fecha 23 de febrero de 2021, radicados en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000377 de fecha 5 de marzo de 2021, se solicitó por parte de la Interventoría del Contrato (INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S.), la apertura de un Procedimiento Administrativo Sancionatorio, en contra de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. NIT. 800.186.891 – 6, por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993.

3.1. HECHOS QUE GENERAN EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO RESPECTO A LA OBLIGACIÓN ESTABLECIDA EN EL DECRETO 2155 DE 2014 Y LA RESOLUCIÓN NO. 084 DE 2015.

- a) El artículo 88 de la Ley 1450 de 2011² estableció para las empresas privadas que participan en la gestión de procesos asociados a la distribución de carga de importación y exportación, adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio a los usuarios de carga, así como contar con equipos que faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, entre otras.
- b) Mediante el Decreto 2155 de octubre 25 de 2014, se reglamentó el parágrafo 2º del artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, y se definieron los estándares unificados de tecnología de los equipos de inspección no intrusiva, y se creó la Comisión Intersectorial para la implementación y seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva, entre otras disposiciones.
- c) Mediante la Resolución 084 del 31 de julio de 2015, la Comisión Intersectorial para la implementación y seguimiento de los sistemas de inspección no intrusiva, adoptó el Manual de Procedimientos de Inspección no Intrusiva Simultánea para las operaciones de importación, exportación y tránsito aduanero en los terminales marítimos y se dictan otras disposiciones.
- d) Igualmente, el artículo 140 del Decreto 2106 de 2019, exigió de las sociedades portuarias disponer de los equipos necesarios para que toda la mercancía, las unidades de carga y los medios de transporte, al momento de ingresar desde el territorio aduanero nacional a las instalaciones portuarias, sean sometidos a revisión a través de los equipos de inspección no intrusiva existentes.
- e) Los numerales 12.28, y 12.31, del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993 suscrito con el Concesionario, establecen:

"CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. – EL CONCESIONARIO se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes:
(...)

² Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

2.28. Será responsabilidad del concesionario, invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.

(...)

12.31 Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, sobre aspectos técnicos de operación y las normas que la modifiquen o adicionen.”

- f) Conforme a lo señalado por el interventor, el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva corresponde a una verdadera obligación a cargo del CONCESIONARIO, y que esta corresponde a las denominadas “obligaciones de resultado” en donde el deudor se compromete al cumplimiento de un objetivo determinado y específico, sin que para excusarse de su ejecución pueda alegar el despliegue de conductas diligentes y cuidadosas –como sucedería si la obligación fuera de medio³.
- g) Por su parte, el artículo 5° de la Ley 80 de 1993, establece:

“...De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta Ley, los contratistas:

(...)

2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entramiento que pudieran presentarse...”

- h) Así mismo el artículo 52 de la Ley 80 de 1993 determina: *“De la Responsabilidad de los Contratistas Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.”*
- i) Por su parte, el MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, mediante el oficio con radicado N.º 2-2020- 032442 del 17 de noviembre de 2020, comunicó a la SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE, a la ANI, a la DIMAR y a CORMAGDALENA sobre incumplimiento de compromisos de algunos puertos para el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales establecidos en los Decretos 2155 de 2014 y Art. 140 del Decreto 2106 de 2019.
- j) Para tal efecto señaló lo siguiente el Mincomercio: *“...Teniendo en cuenta las funciones propias de la Comisión Intersectorial para el seguimiento e implementación de los equipos de inspección no intrusiva, nos permitimos acudir a sus buenos oficios para que en el marco de sus competencias adelanten las acciones que coadyuven a lograr una pronta solución de los daños presentados en los escáneres de algunos puertos. Lo anterior, considerando que en el seguimiento realizado a los compromisos presentados por los mismos en la pasada sesión de la comisión intersectorial (Junio de 2020), se observó que a la fecha, varios de estos equipos continúan fuera de servicio o con fallas y no se ha logrado verificar las acciones o avances mencionados por cada uno de los puertos. Valga señalar que no vemos soluciones concretas a corto plazo, lo cual afecta los controles de las autoridades a las operaciones de comercio exterior y por consiguiente va en contra de la facilitación del comercio puesto que se generan mayores costos y tiempos a los exportadores. Es de anotar que el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución*

³ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 10530. M.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C. 24 de junio de 1998.

No. 084 de 2015, los equipos de inspección no intrusiva requeridos por el Gobierno Nacional, deben cumplir con requisitos mínimos generales para el funcionamiento integral de los mismos y deben estar a disposición de la Dian y la Policía Antinarcóticos para realizar los controles de la carga en la detección de estupefacientes, contrabando, el tráfico de divisas y el comercio ilegal de armas. Adicionalmente el artículo 140 del Decreto 2106, exige el paso por escáner al ingreso de los puertos de toda la carga de exportación y unidades de carga sin generar ningún tipo de costo por el uso de esta tecnología y servicios inherentes a la misma. Para tales efectos, nos permitimos adjuntar el plan de acción con los compromisos por parte de cada uno de los puertos y el seguimiento realizado con corte a noviembre 17 de 2020. Quedamos atentos a los resultados de las acciones que puedan adelantar acorde con la competencia de cada una de las entidades por ustedes representadas..."

- k) Posteriormente, el 27 de noviembre de 2020, CORMAGDALENA, a través del oficio con radicado No. C.E-SGC-202003002887, requirió al MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO la entrega de soportes documentales cruzados entre la Comisión intersectorial y la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., respecto del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993. En los siguientes términos: "...En atención al asunto de la referencia, y teniendo en cuenta que la Subdirección de Gestión Comercial de la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA — CORMAGDALENA se encuentra adelantando dentro del ámbito de sus funciones, el respectivo seguimiento del estado de cumplimiento de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993 y sus otros modificatorios suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., se solicita sean remitidas a esta Corporación todas las comunicaciones que ha emitido su entidad y las respuestas que ha dado el concesionario desde el momento en que se vienen presentando las fallas en los escáneres de Portal Contenedores y de Pallets. La anterior solicitud, se realiza con el fin de que CORMAGDALENA evalúe y examine todas las pruebas relevantes que se posean, y que las mismas puedan ser remitidas al interventor del contrato de concesión portuaria, para que, del análisis de las mismas, dicho interventor determine si procede el inicio de actuaciones administrativas sancionatorias contra el concesionario..."
- l) Mediante oficio CE-SGC- 202003003030 de fecha 15 de diciembre de 2020, CORMAGDALENA solicitó a INGENIERIA DE PROYECTOS un Concepto de Escáneres de Inspección no intrusiva – Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., Contrato 008 de 1993 CORMAGDALENA en los siguientes términos: "Teniendo en cuenta las comunicaciones de radicados No. 202002006205 del 20 de noviembre de 2020 y 202002006844 del 09 de diciembre de 2020, en las cuales la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva nos informa de los avances que han sido reportados por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla con relación a la reparación y puesta en marcha de los escáneres de inspección no intrusiva y le solicitan apoyo a CORMAGDALENA como administradores del contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, nos permitimos darle traslado a su interventoría de la siguiente información: 1. Comunicado Radicado No. 202002006205 del 20 de noviembre de 2020. 2. Comunicado Radicado No. 202002006415 del 27 de noviembre de 2020 - Respuesta a solicitud de avances a compromisos expuestos en la sesión No. 15 de la Comisión intersectorial, para el arreglo de los Equipos de Inspección no Intrusiva, fechada 17 de noviembre de 2020. 3. Comunicado Radicado No. 202002006844 del 09 de diciembre de 2020 - Respuesta a la solicitud de soportes documentales cruzadas entre la Comisión y la Sociedad

Portuaria Regional de Barranquilla S.A sobre las fallas de escáneres C.E-SGC-202003002887. 4. Documento que contiene solicitud de apoyo al cumplimiento de compromisos de los puertos para el correcto funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva. 5. Decreto 2155 de 2014. 6. Resolución 084 de 2015 de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva. 7. Resolución 004 de 2015 de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva. 8. Resolución 003313 de 2015 de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva Seguimiento al Plan de acción referente a la puesta en marcha de los escáneres (Archivo de Excel). Por lo anterior, esta Corporación le solicita a la Interventoría que evalúe y examine las pruebas anteriormente relacionadas y demás que se tengan a disposición, con el fin de determinar la pertinencia de dar inicio a una posible actuación administrativa sancionatoria contra el concesionario. En caso de ser procedente, se deberá allegar el informe respectivo..."

- m) Mediante el oficio con radicado No. CINP-484-180-4521 del 22 de diciembre de 2020, la Interventoría requirió del CONCESIONARIO la siguiente información: 1. Copia de todas las comunicaciones enviadas y recibidas en orden cronológico relacionado con el estado actual de (i) 1 Escáner de Portal fuera de servicio desde el 30 de mayo de 2020 y (ii) 1 Pallets fuera de servicio desde agosto de 2019 y las acciones que ha tomado la Sociedad Concesionaria para reparar los daños que presentan los equipos en cuestión. 2) Exponer las actuaciones desplegadas por el concesionario de tipo judicial en contra de los proveedores de los equipos en mención. 3) Establecer las acciones realizadas por el concesionario que condujeran a un avance a la puesta en marcha de los citados equipos. 4) Indicar las posibles reparaciones o decisiones del concesionario con respecto a los equipos de portal y de pallet. 5) Informar sobre una fecha cierta en la que los equipos estarán en funcionamiento de conformidad con lo establecido en Decreto 2155 y Artículo 140 del Decreto 2106.
- n) En respuesta a la anterior solicitud, el CONCESIONARIO, a través del oficio con radicado No. R-0000011- 2021 fechado en enero 4 de 2021 procedió a exponer la situación que ha venido enfrentando con la sociedad ADVANCED PROTECTION INTERNATIONAL S.A.S., API⁴.
- o) La Interventoría, por medio del oficio con radicado No. CINP-484-202-0113 del 13 de enero de 2021, le recordó al CONCESIONARIO que la demora en el cumplimiento de las obligaciones de cualquier subcontratista no se considera por si sola en una causal eximiente de responsabilidad o causa extraña, a menos que se demostrara, entre muchas otras opciones que a bien considera el Concesionario, la ocurrencia de hechos de terceros o que el único subcontratista que pudiera proveer los equipos solicitados sea la sociedad Advanced Protection International S.A.S., etc., evento en el cual le corresponderá al CONCESIONARIO acreditarlo, aportando certificados y documentos

⁴ Dichos argumentos se encuentran consignados en la Prueba 01, Oficio CINP – 484 – 246 – 0563, de fecha 10 de febrero de 2021, mediante el cual remite el informe de Interventoría incumplimiento IM-484-07 de fecha 9 de febrero de 2021 (pág. 22 y sig); así como en la prueba No. 13, ambos, de los Oficios de citación No. CE-OAJ – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviada a la compañía garante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

que así lo demuestren, so pena de iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio.

- p) El CONCESIONARIO, mediante el oficio con radicado No. R-0000116-2021 fechado en enero 22 de 2021, en palabras de la Interventoría “...si bien pretendió demostrar la exclusividad de la sociedad Advanced Protection International S.A.S., respecto de los productos de L-3 Communications Security And Detection Systems INC, lo cierto es que no acreditó que el mencionado subcontractista fuera el único proveedor de los equipos de inspección no intrusiva, al punto que en su misma comunicación el Concesionario manifestó que Advanced Protection International S.A.S. era uno más de los proponentes que se presentaron al proceso de selección adelantado por el CONCESIONARIO para escoger al aludido proveedor de equipos....”⁵
- q) A la fecha, de la emisión de los Oficios de citación No. CE- OAJ – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviado a la compañía garante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., el Concesionario tenía fuera de servicio los siguientes equipos a que hace alusión el Decreto 2155 de 2014: (i) Un (1) Escáner de Portal Contenedores fuera de servicio desde el 30 de mayo de 2020 y (ii) Un (1) Escáner de pallets fuera de servicio desde agosto de 2019.

4. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

La **Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., NIT. 800.186.891 – 6**, allegó la póliza de cumplimiento No. 2259189 – 3, expedida por Seguros Generales Suramericana 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 – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviado a la compañía garante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 27 de abril de 2021 a las 10:00 A.M.

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste tanto a SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., como a su garante Compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA 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:

⁵ Ibídem. Prueba 01, Oficio CINP – 484 – 246 – 0563, de fecha 10 de febrero de 2021, mediante el cual remite el informe de Interventoría incumplimiento IM-484-07 de fecha 9 de febrero de 2021 (pág. 34 y sig). Oficios de citación No. CE- OAJ – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviada a la compañía garante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.

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 REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., así como a la Compañía Aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA 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 controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. CE- OAJ – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviado a la compañía Garante, con ocasión del Presunto Incumplimiento parcial con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993.

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 en virtud del Contrato de Concesión Portuaria No. Portuaria No. 008-1993, 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 (5.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (5.2); el caso en concreto; y (5.3) 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 de Concesión, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de las multas contractuales (5.1.1); y la función de la interventoría en los contratos estatales (5.1.2).

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:

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

En cuanto a los efectos y el alcance de las multas, ha de señalarse que debido a que se considera como un medio de apremio, puede, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, acumularse tanto al cumplimiento de la obligación principal, como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que" las partes así lo hayan estipulado.⁶

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

"Ahora bien, en materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio "es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñido al más exacto cumplimiento de sus obligaciones".⁷

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual".⁸

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que "tienen naturaleza cominatoria — sancionatoria y no indemnizatoria"⁹.¹⁰

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

"A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define

⁶ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. C.P. Dr. Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., diecisésis (16) de agosto de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702).

⁷ BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de febrero de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación interna 28.278

¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2018. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(525499).

como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual

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

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que ataña a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el acápite siguiente, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa”¹¹

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

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

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

- Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica es de estirpe sancionatoria, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable*

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 630012333000201800132 01 (64.154)

de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.”¹²

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

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

5.1.2 La función de la interventoría en los contratos estatales

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

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

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

¹² Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

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.”¹³

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

Sobre el particular, 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

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-037/03.

*que estandolo 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.*¹⁴

5.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme a lo relacionado anteriormente, 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 – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviado a la compañía Garante, con ocasión del Presunto Incumplimiento parcial con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993, 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 que:

- a) La EMPRESA PARA EL DESARROLLO DE LA ZONA PORTUARIA DE BARRANQUILLA S.A. EMPOBAQ S.A., presentó ante la Superintendencia General de Puertos, el 1 de marzo de 1993, solicitud de concesión portuaria, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las Resoluciones No. 113 del 15 de noviembre, 189 del 10 de diciembre de 1992 y 033 del 21 de enero de 1993 expedidas por la Superintendencia General de Puertos.
- b) La EMPRESA PARA EL DESARROLLO DE LA ZONA PORTUARIA DE BARRANQUILLA S.A. EMPOBAQ S.A., modificó su denominación social por la de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. (en adelante el CONCESIONARIO), mediante Escritura Pública No. 645 del 15 de marzo de 1993, otorgada por la Notaría Tercera de Barranquilla.
- c) Mediante Resolución No. 396 del 7 de mayo de 1993, emanada de la Superintendencia General de Puertos, se otorgó formalmente la concesión al CONCESIONARIO.
- d) La Resolución No. 396 del 7 de mayo de 1993, fue modificada mediante la Resolución No. 713 del 1 de julio de 1993.
- e) El 12 de julio de 1993 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, entre la Superintendencia General de Puertos (hoy función a cargo de CORMAGDALENA) y el CONCESIONARIO (en adelante “el Contrato de Concesión”), cuyo objeto corresponde a “una concesión portuaria en los siguientes términos: a) se otorga a EL CONCESIONARIO el derecho a ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, descritos en las Cláusula Segunda del presente contrato, a cambio de la contraprestación económica de que trata la Cláusula Décima Primera de este contrato, a favor de la Nación y del municipio de BARRANQUILLA, donde opera el mencionado terminal. El terminal será de servicio público, habilitado para el comercio exterior y para

¹⁴ 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)

prestar servicio a toda clase de carga. b) Se otorga a EL CONCESIONARIO el derecho a utilizar temporalmente los muelles, patios, vías, bodegas y demás bienes alinderados en la Cláusula Tercera, relacionados en la Cláusula Quinta del presente contrato, a cambio de la contraprestación de que trata la Cláusula Décima Primera del mismo, a favor de la Nación exclusivamente. Por su parte EL CONCESIONARIO explotará el negocio portuario en el área entregada en concesión y cobrará las tarifas correspondientes de conformidad con la ley.”

- f) El 13 de diciembre de 1993 y el 10 de febrero de 2009 se suscribió entre las señaladas partes las Actas de Entrega de bienes de uso público a el CONCESIONARIO.
- g) A la fecha se han suscrito los siguientes otrosíes en el marco del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993:

- i. Otrosí No. 1 del 02 de agosto de 1993.
- ii. Otrosí No. 2 del 20 de septiembre de 1993.
- iii. Otrosí No. 3 del 20 de septiembre de 1993.
- iv. Otrosí No. 4 del 29 de septiembre de 1993.
- v. Otrosí No. 5 del 09 de marzo de 2007.
- vi. Otrosí No. 6 del 20 de agosto de 2008.
- vii. Otrosí No. 7 del 23 de diciembre de 2008.

- h) El MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO, mediante el oficio con radicado N.º 2-2020- 032442 del 17 de noviembre de 2020, comunicó a la SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE, a la ANI, a la DIMAR y a CORMAGDALENA sobre incumplimiento de compromisos de algunos puertos para el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales establecidos en los Decretos 2155 de 2014 y Art. 140 del Decreto 2106 de 2019.
- i) El 15 de diciembre de 2020, CORMAGDALENA solicitó a INGENIERIA DE PROYECTOS un Concepto de Escáneres de Inspección no intrusiva – Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A., Contrato 008 de 1993 CORMAGDALENA en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta las comunicaciones de radicados No. 202002006205 del 20 de noviembre de 2020 y 202002006844 del 09 de diciembre de 2020, en las cuales la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva nos informa de los avances que han sido reportados por la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla con relación a la reparación y puesta en marcha de los escáneres de inspección no intrusiva y le solicitan apoyo a CORMAGDALENA como administradores del contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, nos permitimos darle traslado a su interventoría de la siguiente información:

1. Comunicado Radicado No. 202002006205 del 20 de noviembre de 2020.
2. Comunicado Radicado No. 202002006415 del 27 de noviembre de 2020 (...).
3. Comunicado Radicado No. 202002006844 del 09 de diciembre de 2020 (...).
4. Documento que contiene solicitud de apoyo al cumplimiento de compromisos de los puertos para el correcto funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva.
5. Decreto 2155 de 2014.

6. *Resolución 084 de 2015 de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva.*
7. *Resolución 004 de 2015 de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva.*
8. *Resolución 003313 de 2015 de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva Seguimiento al Plan de acción referente a la puesta en marcha de los escáneres (...). Por lo anterior, esta Corporación le solicita a la interventoría que evalúe y examine las pruebas anteriormente relacionadas y demás que se tengan a disposición, con el fin de determinar la pertinencia de dar inicio a una posible actuación administrativa sancionatoria contra el concesionario. En caso de ser procedente, se deberá allegar el informe respectivo.”*
- j) La Interventoría, por medio del oficio con radicado No. CINP-484-202-0113 del 13 de enero de 2021, le recordó al CONCESIONARIO que la demora en el cumplimiento de las obligaciones de cualquier subcontratista no se considera por si sola en una causal eximente de responsabilidad o causa extraña, a menos que se demostrara, entre muchas otras opciones que a bien considera el Concesionario, la ocurrencia de hechos de terceros o que el único subcontratista que pudiera proveer los equipos solicitados sea la sociedad Advanced Protection International S.A.S., etc., evento en el cual le corresponderá al CONCESIONARIO acreditarlo, aportando certificados y documentos que así lo demuestren, so pena de iniciar el correspondiente procedimiento sancionatorio.
- k) Mediante el oficio CINP – 484 – 246 – 0563, de fecha 10 de febrero de 2021, en el cual se remite el informe de incumplimiento IM-484-07 de fecha 9 de febrero de 2021, complementado a través del oficio CINP – 484 – 261 – 0788, de fecha 23 de febrero de 2021, todos ellos radicados en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000377 de fecha 5 de marzo de 2021, se solicitó por parte de la Interventoría del Contrato (INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S.), la apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio en contra de la SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. – SPRB, por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993.

5.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento parcial con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

1. *Presunto incumplimiento respecto a la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015.*

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para imponer multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato de Concesión No. 008 de 1993, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. – SPRB, en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en

antecedencia, por lo que se procederá a analizar los presuntos incumplimientos propuestos y demás argumentos de defensa del Concesionario.

5.3.1. Presunto incumplimiento respecto a la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015.

El artículo 88 de la Ley 1450 de 2011¹⁵ estableció para las empresas privadas que participan en la gestión de procesos asociados a la distribución de carga de importación y exportación, adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio a los usuarios de carga, así como contar con equipos que faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, entre otras.

Mediante el Decreto 2155 de octubre 25 de 2014, se reglamentó el parágrafo 2º del artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, y se definieron los estándares unificados de tecnología de los equipos de inspección no intrusiva, y se creó la Comisión Intersectorial para la implementación y seguimiento de los Sistemas de Inspección no Intrusiva, entre otras disposiciones.

Mediante la Resolución 084 del 31 de julio de 2015, la Comisión Intersectorial para la implementación y seguimiento de los sistemas de inspección no intrusiva, adoptó el Manual de Procedimientos de Inspección no Intrusiva Simultánea para las operaciones de importación, exportación y tránsito aduanero en los terminales marítimos y se dictan otras disposiciones.

Igualmente, el artículo 140 del Decreto 2106 de 2019, exigió de las sociedades portuarias disponer de los equipos necesarios para que toda la mercancía, las unidades de carga y los medios de transporte, al momento de ingresar desde el territorio aduanero nacional a las instalaciones portuarias, sean sometidos a revisión a través de los equipos de inspección no intrusiva existentes.

Los numerales 12.28, y 12.31, del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993 suscrito con el Concesionario, establecen:

“CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. – EL CONCESIONARIO se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes:

(...)

2.28. Será responsabilidad del concesionario, invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.

(...)

12.31 Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, sobre aspectos técnicos de operación y las normas que la modifiquen o adicionen.”

El funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva corresponde a una verdadera obligación a cargo del Concesionario, y que esta corresponde a las denominadas “obligaciones de resultado” en donde el deudor se compromete al cumplimiento de un objetivo determinado y específico, sin que para excusarse de su ejecución pueda alegar el

¹⁵ Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

despliegue de conductas diligentes y cuidadosas –como sucedería si la obligación fuera de medio–¹⁶.

Por su parte, el artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece:

“...De los Derechos y Deberes de los Contratistas. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3º. de esta Ley, los contratistas:

(...)

2º. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamiento que pudieran presentarse...”

Así mismo el artículo 52 de la Ley 80 de 1993 determina: “*De la Responsabilidad de los Contratistas Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por las acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7º. de esta Ley.*”

Así las cosas y de acuerdo con la solicitud de apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio presentado por INGENIERIA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventor del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, bajo el número de oficio CINP – 484 – 246 – 0563, de fecha 10 de febrero de 2021, mediante el cual remite el informe de incumplimiento IM-484-07 de fecha 9 de febrero de 2021, complementado a través del oficio CINP – 484 – 261 – 0788, de fecha 23 de febrero de 2021, todos radicados en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de la comunicación interna No. CI-SGC-202101000377 de fecha 5 de marzo de 2021, y demás documentos que obran en el expediente, incorporados en etapa probatoria del presente procedimiento administrativo sancionatorio, y que se dieron a conocer a las partes convocadas, se evidencia que no se superó en su totalidad el presunto incumplimiento endilgado en las citaciones CE- OAJ – 202103001141 del 8 de abril de 2021, enviado al Concesionario SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A. y No. CE- OAJ – 202103001139 del 8 de abril de 2021 enviado a la compañía garante SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., respecto a este cargo.

Por lo anterior, el Concesionario se encuentra incumplido respecto a la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, toda vez que no ha tenido en servicio en su integridad los siguientes equipos: i) Un (1) Escáner de Portal Contenedores, y ii) Un (1) Escáner de pallets.

Sobre los anteriores argumentos, el apoderado del Concesionario se pronunció en sus descargos, realizados en la audiencia llevada a cabo el 21 de mayo de 2021.

Por su parte la Compañía Aseguradora, coadyuvó los argumentos de defensa del Concesionario.

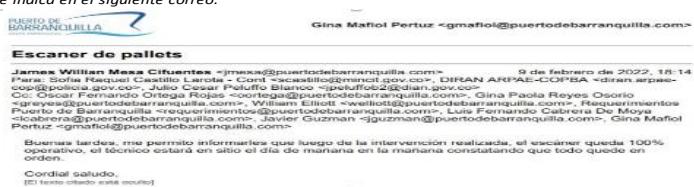
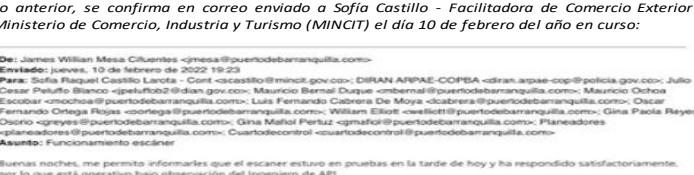
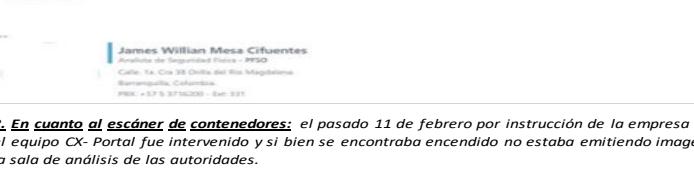
Teniendo en cuenta lo indicado por la defensa del Concesionario y su garante, además de las pruebas anexas a los radicados de citación al presente procedimiento administrativo, esta Oficina Asesora Jurídica decretó de oficio o por solicitud de parte, y se allegó a este

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 10530. M.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C. 24 de junio de 1998.

procedimiento administrativo sancionatorio varias pruebas documentales, testimonios y pruebas por informe, dentro de las cuales se destacan a continuación algunas las siguientes pruebas en el siguiente Cuadro No. 1:

CUADRO No. 1

No.	Prueba	Radicado y Fecha	Observación							
A)	Prueba por informe No. 1, a cargo de la COMISIÓN INTERSECTORIAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE INSPECCIÓN NO INTRUSIVA	Radicado No. 2-2021-030241, fechado el 30 de junio de 2021, y radicado CORMAGDALENA No. 202102002413 del 1 de julio de 2021	<p>"(...)En ese orden y de acuerdo al reciente <u>seguimiento realizado el 25 de junio de 2021, se observa que el escáner de carga se encuentra encendido a modo prueba escaneando carga y unidades de carga, sin embargo presenta fallas en el OCR (reconocimiento óptico de caracteres) y en el LPR (reconocimiento automático de placas de vehículos)</u>; adicionalmente, si bien el equipo está generando la imagen del vehículo y de la carga escaneada, <u>esta no es de óptima calidad puesto que produce algunos errores (líneas, pixeles)</u>. El puerto manifestó que está trabajando para la pronta solución de estos inconvenientes. <u>En lo que concierne al escáner de pallets, este se encuentra fuera de servicio</u>. Al respecto el puerto informó que está realizando reparaciones al equipo y estima que entre en funcionamiento en los próximos días...." (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p>							
	Aclaraciones y complementaciones, Prueba por informe No. 1, rendida por la COMISIÓN INTERSECTORIAL PARA LA IMPLEMENTACIÓN Y SEGUIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE INSPECCIÓN NO INTRUSIVA	Radicado CORMAGDALENA No. 2021003356 del 30 de agosto de 2021	<p>"...si a la fecha, se siguen presentando incumplimiento por parte de la SPRB, a la luz del Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, lo siguiente: "...Respuesta: De conformidad con el seguimiento realizado, <u>se informa que al 24 de agosto de 2021 los equipos de inspección no intrusiva de Carga (contenedores), pallets y los dispositivos portátiles de trazas se encuentran en óptimo estado y están operando con normalidad...</u>" (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p> <p>"1.1. En que fecha se puede validar si las fallas en el OCR (reconocimiento óptico de caracteres) y en el LPR (reconocimiento automático de placas de vehículos). Se indica que "El puerto manifestó que está trabajando para la pronta solución de estos inconvenientes". ¿Se fijó alguna fecha para el efecto? Respuesta: En el seguimiento realizado para verificar el funcionamiento de los equipos, según consta en acta del 13 abril de 2021, <u>el puerto adquirió el compromiso de permitir la reparación de este daño, para lo cual se estableció un plazo de 45 días calendario; sin embargo, debido a que el proveedor no realizó la entrega del componente dentro del referido plazo, el puerto solicitó la ampliación del mismo en 30 días adicionales...</u>" (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p> <p>"1.2. Sirvase precisar si se estableció fecha para verificar las reparaciones al escáner de pallets, frente al cual se indica que "...estima que entre en funcionamiento en los próximos días". Respuesta: De acuerdo con las visitas operativas y con los seguimientos efectuados por la facilitadora de comercio exterior en Barranquilla, el puerto informó el cronograma de trabajo para colocar en operación el escáner de pallets. Este compromiso quedó registrado en el acta No. 012-31052021BAQ del 31 Mayo de 2021, la cual se adjunta. <u>Es de anotar que los equipos de carga y de pallets quedaron en funcionamiento y fueron recibidos por las autoridades el 26 de julio de 2021, para los efectos se adjunta el acta.</u>" (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p> <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <th style="text-align: left;">Fecha</th><th style="text-align: left;">Compromiso del Puerto</th></tr> <tr> <td style="text-align: left;">3 de Junio de 2021</td><td>Llegan técnicos de la empresa Astrophysics para iniciar las reparaciones.</td></tr> <tr> <td style="text-align: left;">6 de Junio de 2021</td><td>Se estima lleguen los repuestos para colocar en funcionamiento el equipo.</td></tr> <tr> <td style="text-align: left;">30 de Junio de 2021</td><td>Se espera quede operativo el equipo para uso de las autoridades.</td></tr> </table>	Fecha	Compromiso del Puerto	3 de Junio de 2021	Llegan técnicos de la empresa Astrophysics para iniciar las reparaciones.	6 de Junio de 2021	Se estima lleguen los repuestos para colocar en funcionamiento el equipo.	30 de Junio de 2021
Fecha	Compromiso del Puerto									
3 de Junio de 2021	Llegan técnicos de la empresa Astrophysics para iniciar las reparaciones.									
6 de Junio de 2021	Se estima lleguen los repuestos para colocar en funcionamiento el equipo.									
30 de Junio de 2021	Se espera quede operativo el equipo para uso de las autoridades.									
B)	Prueba por informe No. 2, a cargo de la Interventoría INGEPROYECT LTDA.	Correo electrónico fechado el 1 de julio de 2021 - oficio CIB-148-RL	<p>"...1. Se visitó e inspeccionó el escáner ubicado al ingreso del patio de contenedores, en la visita se observó que el escáner está activo y en funcionamiento. (...) <u>En conclusión, el escáner está activo y operando, pero las imágenes que emite el escáner no son de la calidad que se espera, hasta tanto no se cambien las tarjetas del equipo, el concesionario ya adquirió las 15 tarjetas y esta programando las labores para el cambio de las mismas.</u>" (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p> <p>"...2. Se visitó e inspeccionó el escáner de pallet, el cual <u>no se encontró en funcionamiento</u>, el concesionario manifestó que, el escáner fue reparado, el fabricante reemplazó las piezas que estaban dañadas, entre ellas el ánodo y el cátodo, y se adquirió un nuevo regulador de corriente, el concesionario manifestó que, el escáner funcionó perfectamente en las pruebas que se realizaron el día 24 de junio en presencia del señor Teniente Coronel Jose Ricardo Reyes Carreño, Comandante Compañía Antinarcóticos de Control Portuario Barranquilla esto se pudo constatar con videos que el concesionario tomó a la hora de hacer las pruebas y videos de las cámaras de seguridad del escáner, el día 25 de junio se citó a las autoridades para hacer entrega formal del equipo, pero <u>este arrojó un nuevo error en el encendido, aparentemente asociado a la fluctuación del servicio de energía, el fabricante recomendó no usarlo hasta determinar que el regulador instalado cumpla con las especificaciones recomendadas por el fabricante</u>, el concesionario está adelantando las gestiones para que el fabricante se acerque a las instalaciones del puerto a revisar el equipo y las causas del error generado, esto se pudo constatar con la trazabilidad de los correos que se han cruzado entre el fabricante y SPRB. <u>Por lo tanto, al momento de la visita el escáner no se encuentra operativo.</u> En conclusión, a la hora de la visita el escáner no estaba activo ni operativo, no obstante, se pudo evidenciar que el concesionario adelantó las gestiones necesarias para poner a punto el escáner, pero se presentó un error al momento de encender el equipo para la entrega a las autoridades competentes, y el concesionario se encuentra gestionando la solución del problema presentado..." (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p>							
B)	Aclaraciones y complementaciones, Prueba por informe No. 2, a cargo de la Interventoría INGEPROYECT LTDA.	Correo electrónico fechado el 24 de agosto de 2021 - oficio CIB-247-RL	<p>"...El dia 19 de agosto de 2021, se realizó visita a las instalaciones de la Sociedad Portuaria, y se visitaron los escáneres en mención encontrando lo siguiente: <u>Escáner Portal Contenedores</u> En la visita se pudo observar el escáner del portal de contenedores en operación, se realizó el procedimiento de inspección de un contenedor, el escáner efectuó el proceso sin ningún inconveniente, se apreció en los monitores del equipo la información OCR del contenedor escaneado y la imagen de su contenido por lo cual <u>se puede concluir que se encontró en buen estado de funcionamiento no se detectaron defectos ni fallas.</u>" (Negrillas con subrayas fuera de texto)</p>							

No.	Prueba	Radicado y Fecha	Observación
B)	Aclaraciones y complementaciones, Prueba por informe No. 2, a cargo de la interventoría INGEPROJECT LTDA.	Correo electrónico fechado el 24 de agosto de 2021 - oficio CIB-247-RL	<p>Para el escáner de pallets se realizaron varias pruebas así: 1. En una primera prueba el escáner no leyó la información del contenido del guacal dispuesto en la banda, de observó el monitor sin ninguna imagen. 2. En la segunda prueba que se realizó de igual manera no se logró obtener una imagen de escaneo, entonces el operador del escáner intentó realizar una calibración del equipo, pero no fue posible, el equipo arrojaba un aviso de "falló calibración", nuevamente realizó un segundo intento de calibración, el cual tuvo el mismo resultado "falló calibración". 3. Tras estos intentos el operador decidió hacer una tercera prueba con una estiba de madera, el equipo la pudo escanear y mostró la imagen en el monitor.</p> <p>4. Paso seguido el operador volvió a pasar el guacal con mercancía en su interior y el escáner arrojó una imagen partida a la mitad, una imagen errónea que no sirve para los fines requeridos. 5. Tras el error mostrado en la imagen, el operador manifestó que cuando eso sucedía lo que hacia era reversar el producto en la banda y volver a escanear el paquete, así lo hizo y el escáner volvió a mostrar nuevamente la imagen del paquete en un recuadro del monitor. De acuerdo con lo anteriormente mencionado, se puede concluir que el escáner de pallets no está funcionando adecuadamente, si bien hay una lectura de imágenes, las mismas se consiguen después de varios intentos y no tienen la calidad necesaria para poder dar por cumplida la reparación y funcionamiento óptimo del equipo..." (Negrillas con subrayas fuera de texto)</p>
C)	Prueba documental del 24 de noviembre de 2021 "Acta de actividades permanentes expedida por la Superintendencia de Transporte en virtud de la visita realizada a las instalaciones de la SPRB el día 19 de noviembre de 2021"	Correo electrónico del 24 de noviembre de 2021, el apoderado del Concesionario	<p>...3. Funcionamiento de Escáner de contenedores y Pallets. - Escáner de Contenedores: pude verificar que se encuentra funcionando sin contratiempos y has el momento de la visita no presentó inconvenientes. Así lo rectificó Fausto Barcelo Operador del escáner. Igualmente me manifestó que en días anteriores la consola (controlador) se estuvo apagando mientras estaba escaneando. - Escáner de Pallets: pude verificar que se encuentra totalmente funcional. Igualmente, pude corroborar esta información con el operador del escáner, quien me informó que el equipo está totalmente operativo...." (Negrillas y subrayas fuera de texto)</p>
D)	Prueba documental por medio de la cual se remite el Seguimiento de Equipos de Inspección No Intrusiva, remitido por el Dr. Luis Fernando Fuentes Ibarra, Director de Comercio Exterior, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva (D), al al señor gerente del Concesionario, Dr. RENE FERNANDO PUCHE RESTREPO	Radicado Cormagdalena No. 20212004986 del 22 de diciembre de 2021	<p>...Es por ello que nos permitimos solicitar amablemente nos brinden información precisa con los respectivos soportes sobre la fecha de la puesta en funcionamiento del escáner de carga el cual se encuentra fuera de servicio desde el 26 de noviembre del año en curso, imposibilitando las labores control de la DIAN y Policía Antinarcóticos en la detección de estupefacientes, contrabando, el tráfico de divisas y el comercio ilegal de armas..."</p>
E)	Prueba documenta: Remisión Memorial del Apoderado del Concesionario con asunto "Memorial de actualización estado del escáner de contenedores y escáner de pallets a cargo Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. – SPRB y solicitud aplazamiento audiencia programada para el dia 4 de marzo de 2022."	Radicado Cormagdalena No. 20222000756 del 3 de marzo de 2022	<p>...1. En cuanto al escáner de pallets: El 9 de febrero de 2022, James Mesa – Analista de seguridad y protección portuaria de SPRB informó que el escáner de pallets se encuentra 100% operativo, tal como se indica en el siguiente correo:</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>Lo anterior, se confirma en correo enviado a Sofia Castillo - Facilitadora de Comercio Exterior del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (MINCIT) el dia 10 de febrero del año en curso:</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>2. En cuanto al escáner de contenedores: el pasado 11 de febrero por instrucción de la empresa API, el equipo CX- Portal fue intervenido y si bien se encontraba encendido no estaba emitiendo imagen a la sala de análisis de las autoridades.</p> <p style="text-align: center;"></p> <p>3. A pesar de lo anterior, es pertinente señalar que desde el 21 de febrero del año en curso y hasta el 4 de marzo la empresa API (según consta en el Comunicado API- L3-17022022- 1004 anexo a este documento), se encuentra adelantando trabajos de mantenimiento general en los equipos por cumplir un lustro de operación, y, por lo tanto se deben efectuar mantenimientos correctivos y preventivos, así como "update" de actualización de equipos, con la finalidad de mejorar el rendimiento de los mismos en su uso y operación.</p> <p>La recomendación principal de API es mantener los equipos fuera de operación durante esta semana y la próxima semana mientras se realizan los trabajos de mantenimiento correctivo y actualizaciones, de conformidad con lo recomendado en ocasiones anteriores..." (Negrillas con subrayas fuera de texto).</p>

No.	Prueba	Radicado y Fecha	Observación
F)	Prueba documental: Remisión de oficio con asunto: "Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019.", remitido por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva	Comunicación Interna No. 2022-100-0426 del 9 de marzo de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica el pasado 10 de marzo de 2022, por parte de la Subdirección de Gestión Comercial.	<p>"... Para tales efectos, nos permitimos adjuntar el seguimiento realizado a cada uno de los a corte de Febrero 23 de 2022. (...)</p> <p>1. Escáner de Portal (exigido 1 equipo)</p> <p>27-01-2022: En funcionamiento</p> <p>Febrero 3 de 2022: El equipo presenta interrupción en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga, el puente informó que por indicación del proveedor se debe apagar la llave para establecer los niveles de energía y volver a encenderlo a las 6 del día al día.</p> <p>Febrero 4 de 2022: El puente reporta que la actividad solía darle muy buenos resultados, sin embargo API pide nuevamente una ventana de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e impresario realizarlo.</p> <p>Febrero 7 de 2022: El puente informa que recomendación de la empresa asistida para el mantenimiento preventivo y correctivo del Escáner de contenedores, este se debe apagar todas las noches de 21:00 a 06:00 horas hasta lograr la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en horas del día sin ningún inconveniente.</p> <p>Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio el 07-02-2022 a las 22:45 horas, presentando una falla mayor persistente debido a que el botón no respondió al último comando y no encendió la maquina. De acuerdo a lo informado por API, reportaron esta falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención en el menor tiempo posible.</p> <p>Febrero 10 de 2022: El escáner estuvo en prueba respondiendo satisfactoriamente, por lo que está operativo bajo observación del Ingeniero de API.</p> <p>Febrero 11 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por aviso diariamente que deben generar para intervenir en los tiempos programados, el puente informó que la empresa asistida para el mantenimiento preventivo y correctivo del Escáner de contenedores, el cual es necesario e impresario realizarlo.</p> <p>2. Pallets (exigido 1 equipo)</p> <p>27-01-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 18 de Enero, en cuanto solo está dando imagen en la parte lateral dejando de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antimotines mantiene la llave del equipo en esas condiciones. El puente informó que la empresa asistida para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla obedece a un tema menor y deben reemplazar una placa la cual se está a la espera de que llegue para reemplazarla y poner a funcionar la segunda vista, se le estable establece la necesidad para no afectar la operación.</p> <p>Febrero 1 de 2022: Se lleva cronograma para el mantenimiento correctivo y preventivo del equipo, donde indican colgar en funcionamiento el equipo el 4 de Febrero.</p> <p>Febrero 4 de 2022: Equipo queda operativo para uso de la autoridad</p> <p>Febrero 8 de 2022: El escáner de pallets se apagado por alerta de cambio de aceite de los chiller el cual se debe estar ejecutándose entre el 8 y 9 de Febrero.</p> <p>Febrero 9 de 2022: Equipo queda operativo para uso de la autoridad.</p>
G)	Prueba documental: Remisión de oficio con asunto: "Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019, A corte marzo 15 de 2022.", remitido por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva	Comunicación interna No. 2022-100-0596 del 25 de marzo de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica el pasado 25 de marzo de 2022, por parte de la Subdirección de Gestión Comercial	<p>"...Para tales efectos, nos permitimos adjuntar el seguimiento realizado a cada uno de los a corte de Marzo 15 de 2022. (...)</p> <p>1. Escáner de Portal (exigido 1 equipo)</p> <p>27-01-2022: En funcionamiento</p> <p>Febrero 3 de 2022: El equipo presenta interrupción en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga, el puente informó que por indicación del proveedor se debe apagar la llave para establecer los niveles de energía y volver a encenderlo a las 6 del día al día.</p> <p>Febrero 4 de 2022: El puente informó que la actividad solía darle muy buenos resultados, sin embargo API pide nuevamente una ventana de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e impresario realizarlo.</p> <p>Febrero 7 de 2022: El puente informó que recomendación de la empresa asistida para el mantenimiento preventivo y correctivo del Escáner de contenedores, este se debe apagar todas las noches de 21:00 a 06:00 horas hasta lograr la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en horas del día sin ningún inconveniente.</p> <p>Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio el 17-02-2022 a las 22:45 horas, presentando una falla mayor persistente debido a que el botón no respondió al último comando y no encendió la maquina. De acuerdo a lo informado por API, reportaron esta falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención en el menor tiempo posible.</p> <p>Febrero 10 de 2022: El escáner estuvo en prueba respondiendo satisfactoriamente, por lo que está operativo bajo observación del Ingeniero de API.</p> <p>Febrero 11 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por avisos diariamente que deben generar para intervenir en los tiempos programados, el puente informó que la empresa asistida para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla obedece a un tema menor y deben reemplazar una placa la cual se está a la espera de que llegue para reemplazarla y poner a funcionar la segunda vista, se le estable establece la necesidad para no afectar la operación.</p> <p>Febrero 14 de 2022: Se evidencio que el equipo permanecia fuera de servicio.</p> <p>Marzo 14 de 2022: Se lleva alcance al plan de trabajo para la entrega en funcionamiento del equipo. De donde se informa que la empresa API- Leidos instalaron los reemplazos. No se informa fecha de entrega a las autoridades.</p> <p>Marzo 15 de 2022: Se prende el equipo</p> <p>Marzo 16 de 2022: Continua prendido el equipo. Antibioticos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento</p> <p>0. Pallets (exigido 1 equipo)</p> <p>07-01-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 16 de Enero, en cuanto solo está dando imagen en la parte lateral dejando de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antimotines mantiene la llave del equipo en esas condiciones. El puente informó que la empresa asistida para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla obedece a un tema menor y deben reemplazar una placa la cual se está a la espera de que llegue para reemplazarla y poner a funcionar la segunda vista, se le estable establece la necesidad para no afectar la operación.</p> <p>Febrero 4 de 2022: Equipo queda operativo para uso de la autoridad</p> <p>Febrero 8 de 2022: El escáner de pallets fue apagado por alerta de cambio de aceite de los chiller el cual se debe estar ejecutándose entre el 8 y 9 de Febrero.</p> <p>Febrero 9 de 2022: Equipo queda operativo para uso de la autoridad.</p> <p>Marzo 14 de 2022: En funcionamiento</p>
H)	Prueba por Informe No. 3 a Cargo del Interventor INGEPROJECT LTDA.	Radicado Cormagdalena No. 20222001099 del 31 de marzo de 2022 (Rad. CIB-573-RL)	<p>"Respuesta: El día 23 de marzo de 2022, se realizó visita a las instalaciones de la Sociedad Portuaria, y se visitaron los escáneres en mención encontrando lo siguiente:</p> <p>Escáner de Pallet</p> <p>Para el escáner de pallets se realizaron varias pruebas así:</p> <ol style="list-style-type: none"> En una primera prueba el escáner se encontraba encendido, y se dispuso de un guacal con mercancía, que la Sociedad Portuaria tiene para realizar sus pruebas. El guacal se puso sobre el escáner y se procedió a realizar el respectivo escaneo, el equipo funcionó sin inconvenientes y escaneo el contenido sin ningún problema. En la segunda prueba que se realizó, se solicitó al operador que reiniciara toda la maquina, computador y escáner, una vez encendida se procedió a realizar el escaneo del miso guacal, y se llevó a cabo sin ningún problema El escáner quedó encendido y operando con normalidad. <p>De acuerdo con lo anteriormente mencionado, se puede concluir que el escáner de pallets está funcionando adecuadamente, hay una lectura de imágenes que nos muestran el contenido interior de los paquetes que pasan por el escáner. (...)</p> <p>Escáner Portal Contenedores</p> <p>Para el escáner de pallets se realizaron varias pruebas así:</p> <ol style="list-style-type: none"> En la visita se pudo observar el escáner del portal de contenedores en operación, cuando llegamos el mismo estaba operando con normalidad y escaneando los contenedores que pasaban por él, ese día se realizó el procedimiento de inspección de cinco contenedores, el escáner efectuó el proceso sin ningún inconveniente, se identificó en los monitores del equipo la información OCR del contenedor escaneado y la imagen de su contenido hasta ese momento no se detectaron defectos ni fallas. Se solicitó al operario que reiniciara el equipo completo (escáner y computador), este proceso toma alrededor de 20 minutos, una vez estuvo listo el equipo empezaron a pasar los contenedores que se represaron mientras se reiniciaba el equipo, pero el escáner presentó error y no se logró el escaneo. Se procedió a reiniciar nuevamente todo el equipo (escáner y computador) y se presentó la misma situación, no fue posible escanear. El operador, en esta ocasión, reinicio solo el computador y fue posible volver a escanear, después de iniciar nuevamente el escáner sin inconvenientes, mientras estuvimos ahí alcanzaron a pasar 7 contenedores mas hasta nuestra salida del cuarto de control. El escáner quedó encendido y funcionando. <p>De acuerdo con lo anterior, si bien el escáner opera y escanea, si esta presentado algún fallo, toda vez que no es normal que el equipo presente fallas al reiniciarse, por lo que es necesario que el concesionario le realice el mantenimiento adecuado y superar el inconveniente. (Negrillas con subrayas fuera de texto)</p>

No.	Prueba	Radicado y Fecha	Observación				
I)	Prueba documental: Remisión de oficio con asunto: "Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019, A corte abril 18 de 2022.", remitido por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva.	Comunicación interna Cormagdalena No. 20221000974 del 12 de mayo de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica por parte de la Subdirección de Gestión Comercial.	<p>"... Para tales efectos, nos permitimos adjuntar el seguimiento realizado a cada uno de los escáneres al 18 de abril de 2022. (...)"</p> <table border="1"> <tr> <td>1. Escáner de Porta (exigido 1 equipo)</td> <td> <p>27-04-2022: En funcionamiento. Febrero 3 de 2022: El equipo presenta intermitencia en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga. El puesto informó que por indicación del proveedor se debe apagar 9 horas para realizar mantenimientos de energía y colocar en funcionamiento a las 8 am del 4 de febrero. Febrero 4 de 2022: El puesto informó que la empresa realizó un mantenimiento menor al equipo, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 9:45 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El puesto informó que la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, se ha quedado sin uso y no enciende la máquina. De acuerdo a lo informado por API, reportaron una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento</p> </td> </tr> <tr> <td>2. Pallets (exigidos 1 equipo)</td> <td> <p>27-04-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 18 de Enero, en cuanto solo esta dando imagen en la parte lateral dependiendo de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antirroboxicos manifiesta no usar el equipo en estas condiciones. El puesto informó que la empresa contratada para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla debió de ser de la empresa que le dio la pieza, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El escáner entró en prueba, respondiendo satisfactoriamente, por lo que entra operativo bajo observación del ingeniero de API. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: El equipo queda operativo para uso de la autoridad. Marzo 11 de 2022: Se evidencia en funcionamiento. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento</p> </td> </tr> </table>	1. Escáner de Porta (exigido 1 equipo)	<p>27-04-2022: En funcionamiento. Febrero 3 de 2022: El equipo presenta intermitencia en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga. El puesto informó que por indicación del proveedor se debe apagar 9 horas para realizar mantenimientos de energía y colocar en funcionamiento a las 8 am del 4 de febrero. Febrero 4 de 2022: El puesto informó que la empresa realizó un mantenimiento menor al equipo, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 9:45 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El puesto informó que la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, se ha quedado sin uso y no enciende la máquina. De acuerdo a lo informado por API, reportaron una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento</p>	2. Pallets (exigidos 1 equipo)	<p>27-04-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 18 de Enero, en cuanto solo esta dando imagen en la parte lateral dependiendo de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antirroboxicos manifiesta no usar el equipo en estas condiciones. El puesto informó que la empresa contratada para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla debió de ser de la empresa que le dio la pieza, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El escáner entró en prueba, respondiendo satisfactoriamente, por lo que entra operativo bajo observación del ingeniero de API. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: El equipo queda operativo para uso de la autoridad. Marzo 11 de 2022: Se evidencia en funcionamiento. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento</p>
1. Escáner de Porta (exigido 1 equipo)	<p>27-04-2022: En funcionamiento. Febrero 3 de 2022: El equipo presenta intermitencia en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga. El puesto informó que por indicación del proveedor se debe apagar 9 horas para realizar mantenimientos de energía y colocar en funcionamiento a las 8 am del 4 de febrero. Febrero 4 de 2022: El puesto informó que la empresa realizó un mantenimiento menor al equipo, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 9:45 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El puesto informó que la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, se ha quedado sin uso y no enciende la máquina. De acuerdo a lo informado por API, reportaron una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento</p>						
2. Pallets (exigidos 1 equipo)	<p>27-04-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 18 de Enero, en cuanto solo esta dando imagen en la parte lateral dependiendo de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antirroboxicos manifiesta no usar el equipo en estas condiciones. El puesto informó que la empresa contratada para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla debió de ser de la empresa que le dio la pieza, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El escáner entró en prueba, respondiendo satisfactoriamente, por lo que entra operativo bajo observación del ingeniero de API. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: El equipo queda operativo para uso de la autoridad. Marzo 11 de 2022: Se evidencia en funcionamiento. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento</p>						

J)	Prueba documental de oficio a la DIRAN (reiteración bajo radicado No. 2022-300-1460 del 17 de mayo de 2022)	Oficio No. GS-2022-064832-DIRAN del 31 de mayo de 2022, con asunto "respuesta comunicado Rad. 2022-300-1460 17/05/2022"	"... Sin embargo, la **inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticas, dado que este elemento permite consecutivamente aprobar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar...." (Negrillas con subrayas fuera de texto)**												
K)	Prueba documental: Remisión de oficio con asunto: "Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019", remitido por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva.	Comunicación interna No. 2022-100-1213 del 1 de junio de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica por parte de la Subdirección de Gestión Comercial.	"... Para tales efectos, nos permitimos adjuntar el seguimiento realizado a cada uno de los a corte de Mayo 27 de 2022. (...)"				--	--		1. Escáner de Carga (exigido 1 equipo)	<p>27-01-2022: En funcionamiento. Febrero 3 de 2022: El equipo presenta intermitencia en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga. El puesto informó que por indicación del proveedor se debe apagar 9 horas para realizar mantenimientos de energía y colocar en funcionamiento a las 8 am del 4 de febrero. Febrero 4 de 2022: El puesto informó que la empresa realizó un mantenimiento menor al equipo, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 9:45 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El escáner entró en prueba, respondiendo satisfactoriamente, por lo que entra operativo bajo observación del ingeniero de API. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento Mayo 18 de 2022: En funcionamiento</p>		2. Pallets (exigidos 1 equipo)	<p>27-01-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 18 de Enero, en cuanto solo esta dando imagen en la parte lateral dependiendo de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antirroboxicos manifiesta no usar el equipo en estas condiciones. El puesto informó que la empresa contratada para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla debió de ser de la empresa que le dio la pieza, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor al fabricante Leidos, quienes preparan la intervención del escáner y están pendientes por el envío del plan de trabajo para colocar operativo nuevamente en el menor tiempo posible. Febrero 10 de 2022: El escáner entró en prueba, respondiendo satisfactoriamente, por lo que entra operativo bajo observación del ingeniero de API. Febrero 12 de 2022: La empresa API debe mantener encendido el equipo por unos diagnósticos que deben generarse para intervenir en los términos programados, el puesto informó que el equipo no va a ver transmisión de imágenes hacia la sala de análisis de las autoridades. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento Mayo 18 de 2022: En funcionamiento</p>	
L)	Prueba documental: Remisión de oficio con asunto: "Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019", remitido por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva	Comunicación interna No. 2022-100-1497 del 1 de julio de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica por parte de la Subdirección de Gestión Comercial	"... Para tales efectos, nos permitimos adjuntar el seguimiento realizado a cada uno de los a corte de Junio 22 de 2022.				--	--		1. Escáner de Carga (exigido 1 equipo)	<p>27-01-2022: En funcionamiento. Febrero 3 de 2022: El equipo presenta intermitencia en el reflejo de la imagen tanto del vehículo como de la carga. El puesto informó que por indicación del proveedor se debe apagar 9 horas para realizar mantenimientos de energía y colocar en funcionamiento a las 8 am del 4 de febrero. Febrero 4 de 2022: El puesto informó que la empresa realizó un mantenimiento menor al equipo, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 9:45 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor persistente debido a que el host no responde al último reinicio y no se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Febrero 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Febrero 12 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento Junio 18 de 2022: En funcionamiento</p>		2. Pallets (exigidos 1 equipo)	<p>27-01-2022: El equipo esta presentando fallas desde el 18 de Enero, en cuanto solo esta dando imagen en la parte lateral dependiendo de mostrar la parte superior de la carga. Policía Antirroboxicos manifiesta no usar el equipo en estas condiciones. El puesto informó que la empresa contratada para los mantenimientos preventivos, detectó que la falla debió de ser de la empresa que le dio la pieza, se realizó una verificación de aproximadamente 45 minutos a partir de las 14:30 horas para hacer un calibrado del equipo el cual es necesario e imprescindible realizarlo. Febrero 7 de 2022: El puesto informó que recomendación de la empresa asignada para el mantenimiento preventivo y correctivo del escáner de portas, este se debe de apagar todos los noche de 21:00 a 05:00 horas hasta llegar la intervención del mismo y que éste pueda funcionar en modo de trabajo. Febrero 8 de 2022: El equipo queda fuera de servicio al 22:45 horas, presentando una falla mayor persistente debido a que el host no responde al último reinicio y no se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Febrero 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Febrero 12 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Marzo 10 de 2022: Se evidencia que el equipo permanece fuera de servicio. Marzo 11 de 2022: Se recibe alcance al plan de trabajo para la puesta en funcionamiento del equipo. Donde se informa que la empresa API- Leidos instalarán los respectivos. No se informa fecha de entrega a las autoridades. Marzo 16 de 2022: Continúa prendida el equipo. Antirroboxicos se encuentran revisando la carga que está pasando por escáner para verificar su funcionamiento. Abril 18 de 2022: En funcionamiento Junio 18 de 2022: En funcionamiento</p>	

Finalmente, cerrado el periodo probatorio se dio paso a los alegatos finales, en los cuales el Concesionario expuso sus argumentos. De igual forma, concluida la intervención del Concesionario, la Compañía Aseguradora expuso sus argumentos pertinentes.

Por tanto, y teniendo en cuenta el material probatorio que obra en expediente, y en especial las pruebas citadas anteriormente y enlistadas de la letra A) a L), es evidente para este jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento respecto a la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, frente al Contrato de Concesión No. 008 de 1993, objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual y legal, en relación con **Un (1) Escáner de pallets.**

5.4. Argumentos de defensa del Concesionario:

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los citados a lo largo del procedimiento, desde los descargos hasta las conclusiones finales, esta Oficina Asesora Jurídica extrajo los diferentes puntos de defensa con el fin de abordarlos, evaluarlos y tomar la decisión que en derecho corresponda.

Así las cosas, empezaremos por los puntos expuestos por la defensa del Concesionario, así:

i. Falta de competencia de CORMAGDALENA para imponer multas unilateralmente.

Como primer punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “...De acuerdo con la jurisprudencia, uno de los requisitos esenciales de los procesos administrativos sancionatorios contractuales es que se fundamenten en una cláusula que contemple la imposición de multas de naturaleza cominatoria, es decir, que tengan como propósito inducir al contratista al cumplimiento del contrato, como lo ha señalado el Consejo de Estado

(...)

La simple lectura de la cláusula décima quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, evidencia que las multas allí estipuladas no tienen carácter cominitorio. En ninguna parte del texto de esta cláusula se estableció, y menos se acordó, que el propósito de las multas allí descritas fuera cominjar o inducir a la SPRB al cumplimiento de sus obligaciones contractuales. De hecho, la cláusula remite expresamente a las multas previstas en los artículos 41 y 42 de la Ley 1a de 1991, las cuales, evidentemente, no tienen naturaleza ni carácter cominitorio.

Por este sólo hecho, entonces, CORMAGDALENA no está facultada para haber abierto un proceso administrativo sancionatorio contractual contra la SPRB, toda vez que la cláusula que invocó como fundamento para ello en el Oficio CE-OAJ-2021003001141 que abrió los cargos a la presente investigación, no contempla las multas de naturaleza cominatoria exigidas en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y que son las únicas que facultan a las entidades estatales a adelantar este tipo de procesos.

(...)

Sin embargo, la cláusula décima quinta del contrato original había tornado ineficaz desde la entrada en vigencia de la Ley 80 de 1993.

Por otro lado, existe otro requisito expreso para que se pueda iniciar un proceso administrativo sancionatorio contractual respecto de un contrato celebrado con anterioridad a la Ley 1150 de 2007, de acuerdo con su parágrafo transitorio, es que la cláusula de multas

– además de ser *cominatoria* –, debe haber sido incorporada al contrato en ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes. Este requisito tampoco se cumple por parte de la cláusula décima quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993.

(...)

Reiterando lo indicado en el escrito de descargos, este contrato fue suscrito bajo la vigencia del Decreto 222 de 1983, que para entonces era la norma vigente en materia de contratación administrativa - como entonces se denominaba - , cuyo artículo 60 establecía la obligación de incluir en todo contrato del Estado una cláusula de multas que podía, bajo ese régimen, imponer la entidad contratante en forma unilateral.

(...)

Esto implica que la facultad que tenía la Superintendencia General de Puertos para imponer las multas previstas en la cláusula décima quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993 fue derogada al entrar en vigencia la Ley 80 de 1993. Y dicha facultad, una vez derogada de este modo, no puede entenderse como que ha vuelto a cobrar vida, o vigencia, para ser trasladada ahora a CORMAGDALENA...”

Sobre el particular esta Oficina Asesora Jurídica procede a señalar lo siguiente:

- a) Es de recordar lo señalado en el artículo 83 de la Constitución Política de 1991, el cual impone a los particulares y a las autoridades públicas, 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.¹⁷
- b) Sobre el principio de buena fe, especialmente en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha indicado el Consejo de Estado, 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

¹⁷ CÓDIGO CIVIL. Artículo 1603: “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 pertenezcan a ella”.

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.”¹⁸ (Subrayas y negrilla fuera del texto).

- c) Así las cosas, en virtud del principio de la buena fe, las partes se obligan a cumplir con las estipulaciones del contrato e incluso, a aquellas sobre las cuales la ley disponga.
- d) Por tanto, es de recordar que 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 (...)”. (Subrayas y negrilla fuera del texto).
- e) De igual forma, el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas, entre otros derechos y deberes, tendrán el siguiente: “Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas las impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y en trámites que pueden presentarse”. (Subrayas y negrilla fuera del texto).
- f) En concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: “(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza. (...) Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales. (...) En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. C.P. Dr.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Rad. No.: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043). En igual sentido. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. C.P. Dra.: Ruth Stella Correa Palacio. Veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009). Rad. No.: 17552.

orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...). (Subrayas y negrilla fuera del texto).

- g) Así mismo, el numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".
- h) Por su parte, y al analizar además el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 en donde se señala que: "...Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas..." (Subrayas y negrilla fuera del texto); se puede establecer que si bien en un principio, las multas establecidas en la cláusula décima quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, no tenían un carácter conminatorio, gracias a lo establecido en el parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que tiene efectos retrospectivos e inmediatos, dicha cláusula por dicha majestad de la ley, paso a tener una finalidad conminatoria, independientemente de que su origen haya sido el Decreto 222 de 1983. Así mismo, no es cierto lo señalado por el Concesionario, al señalar que el establecimiento contractual de la cláusula de multas en el contrato de concesión no obedecía a la autonomía de la voluntad de las partes (requisito del parágrafo transitorio del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007), pues nada más alejado de la realidad, ya que el Concesionario olvida que en ejercicio de su autonomía de la voluntad, tuvo la posibilidad de decidir si aceptaba o no el contrato de concesión en los términos que se planteaban, suscribiendo el mismo, razón por la cual acepto la inclusión de la cláusula de multas, en ejercicio de su autonomía de la voluntad. Por tanto, la cláusula décima quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, nunca ha sido o devenido ineficaz.
- i) De otra parte, dentro de las obligaciones contractuales del Contratista se encuentran los numerales 12.28, y 12.31, del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993 suscrito con el Concesionario, los cuales establecen:

"CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. – EL CONCESIONARIO se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes:

(...)

2.28. Será responsabilidad del concesionario, invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.

(...)

12.31 Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, sobre aspectos técnicos de operación y las normas que la modifiquen o adicionen. (Subrayas y negrilla fuera del texto).

- j) En igual sentido, el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva corresponde a una verdadera obligación a cargo del Concesionario, y que esta corresponde a las denominadas "obligaciones de resultado" en donde el deudor se

compromete al cumplimiento de un objetivo determinado y específico, sin que para excusarse de su ejecución pueda alegar el despliegue de conductas diligentes y cuidadosas –como sucedería si la obligación fuera de medio¹⁹.

- k) Por tanto, y como primera conclusión, CORMAGDALENA si está facultada para haber abierto un procedimiento administrativo sancionatorio contractual contra el Contratista (SPRB), toda vez que la cláusula que invocó como fundamento para ello en el Oficio CE-OAJ-2021003001141 que abrió los cargos al presente procedimiento administrativo sancionatorio, devino con posterioridad a su pacto en el contrato, en cominatoria, tal y como lo contempla el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007.
- l) Así mismo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, sobre la naturaleza y alcance de la multa, ha señalado: "...la multa como herramienta cominatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena".²⁰

En conclusión, el presente procedimiento administrativo sancionatorio, tanto en aras de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así como en la regulación del procedimiento sancionatorio que adelanta CORMAGDALENA, con base en los contratos de concesión portuaria fluvial que celebra, o que le fueron cedidos, en atención a las atribuciones que le fueron señaladas al tenor del artículo 1 de la Ley 161 de 1994, el cual desarrolla el artículo 331 de la Constitución Política, y se reglamenta por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se desarrolló con pleno respeto a las garantías del debido proceso y derecho a la defensa para los convocados. En consecuencia, y con base en lo señalado hasta el momento se desestima el argumento presentado por el Concesionario.

ii. Régimen de responsabilidad subjetiva en el marco de un procedimiento administrativo sancionatorio: debida diligencia por parte de la SPRB.

Como segundo punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que "...Adicionalmente, tal y como se expresó en el escrito de descargos y se ha sostenido a lo largo de esta investigación administrativa, el régimen de responsabilidad que debe surtirse en investigaciones de esta naturaleza, **es el régimen de responsabilidad subjetivo**, toda vez que cuando el Estado ejerce su función sancionatoria, la conducta antijurídica constitutiva de infracción debe estar tipificada en la ley y asignada la competencia para imponer la correspondiente sanción. Además, debe configurarse el principio de culpabilidad como el elemento subjetivo del tipo administrativo, pues es aquí donde se analiza la intencionalidad del sujeto de cometer el ilícito y donde la autoridad administrativa lleva a cabo un juicio de reproche.

(...)

Es evidente, entonces, que CORMAGDALENA desconoció la aplicación del régimen subjetivo propio de las investigaciones administrativas y por ende la diligencia con la que actuó la SPRB, basando los cargos que dieron lugar a esta investigación, únicamente en el

¹⁹ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 10530. M.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C. 24 de junio de 1998.

²⁰ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

daño supuestamente producido (pero inexistente), sin hacer un análisis integral de la situación y de los elementos que constituyen un régimen de responsabilidad subjetiva, tales como los que establece la Corte Constitucional en la Sentencia C-699 de 2015:
(...)

En suma con lo anterior, puede afirmarse que la dinámica de los contenedores movilizados por el terminal de la SPRB, no se ha visto afectada en ningún momento, pese a los inconvenientes presentados con los equipos de inspección no intrusiva; incluso es de resaltar que del año 2020 al primer trimestre de 2021, se presentó un crecimiento del 2% en la movilización, asimismo para contenedores llenos, en 2021 se movilizó 16.729 cajas y en 2022 se ha movilizado en el primer trimestre 18.826, lo que representa un incremento del 12,54% - esto de acuerdo con las estadísticas internas del Terminal - demostrando con ello que se mantuvo la prestación del servicio de manera eficiente.

(ii) Disponer de los equipos, herramientas, personal y de los recursos necesarios para que toda la mercancía, unidades de carga y medios de transporte sean sometidos a revisión de equipos de inspección no intrusiva: En aras de garantizar que los equipos cumplieran con las condiciones aquí indicadas, la **SPRB** ejecutó las acciones necesarias para permitir la puesta en funcionamiento de los escáner de contenedores y de pallets en perfecto estado e idóneo para la actividad que desarrolla el Terminal

(...)

En virtud de lo anterior, puede concluirse luego de surtida la etapa probatoria, la indebida aplicación del régimen de responsabilidad en materia de investigaciones administrativas por parte de **CORMAGDALENA**, toda vez que si los regímenes subjetivos exigen que el sujeto normativo, en este caso la **SPRB**, debe haber actuado con dolo o culpa, resulta claro y probado dentro del proceso administrativo sancionatorio que la **SPRB** contrario a ello, no solo implementó la instalación de los escáner a la luz de lo señalado por disposiciones legales, sino que ha puesto en marcha las mejores medidas de contingencia frente al funcionamiento parcializado y en un lapso determinado con el fin de afectar la eficiencia portuaria, tales como; (i) reforzar la vigilancia interna, (ii) controles cruzados con la policía antinarcóticos, (iii) toma defotografías de sellos de alta seguridad con que ingresan del escáner del conductor de la unidad de carga, y estas fotografías son compartidas con la Policía Antinarcóticos, (iv) contratación demás de 10 caninos especializados en la detección de antinarcóticos, entre otras medidas.

(...)

(iii) Establecer un programa de mantenimiento preventivo para sus equipos con el fin de optimizar la seguridad y el correcto funcionamiento de los mismos.

Es claro que a pesar de que la **SPRB** contrató una empresa líder en el sector de instalación de los escáneres objeto de esta investigación, nunca se ha desconocido que los mismos presentaron fallas parciales, en todo caso atribuibles a dificultades que el proveedor API tuvo para cumplir con su obligación contractual de mantenimiento, debido a la especialidad de los repuestos dañados conforme a requerimientos sui generis de la legislación colombiana y a cambios en la propiedad del fabricante de los equipos, causas que atañen a la relación contractual con dicho proveedor, pero que en todo caso no pueden ser atribuibles a negligencia o falta de gestión de **SPRB**. Es por ello que, en el entretanto en que el escáner de contenedores estaba funcionando de manera parcial y el de pallets se encontraba en reparación, la **SPRB** acudió a la aplicación de los planes de contingencia previstos para tales fines, descritos a continuación:

- a.** Patio de seguridad de contenedores monitoreado por cámaras de seguridad y supervisado por la Policía Antinarcóticos y la empresa de vigilancia con frecuencia 7/24.
- b.** Implementación de dos servicios permanentes de binomio guía canino especializados en detección de antinarcóticos por parte de la empresa de vigilancia y seguridad privada. Este servicio incluye 10 caninos, 6 guías caninos y un instructor permanente.
- c.** Acuerdo de voluntades con la Policía Nacional, en el que se establece una compañía antinarcóticos dentro de las instalaciones; para ello el puerto, además de proveer su bienestar administrativo, se suministra un escáner portátil, manutención de seis caninos especializados en detección de narcóticos e involucramiento en todo el ciclográfico operativo con funciones de bloqueo de salida de carga.
- d.** Dentro de las funciones que tiene Antinarcóticos, verifican y perfilan documentalmente la carga antes de salir del puerto para selección de inspección intrusiva en el patio de aforos del puerto.
- e.** El área de Auditoría interna realiza de manera permanente en debida diligencia con los clientes, perfilación de actuaciones o movimientos sospechosos de clientes y estos son informados para seguimiento y control a las autoridades nacionales y agencias internacionales (CBP, Embajada Francesa y británica).
- f.** Revistas permanentes al patio de seguridad de contenedores con un dron.
- g.** Comunicación permanente entre el Oficial de Protección y la Policía Antinarcóticos para apoyos mutuos con el fin de custodiar de manera permanente la seguridad de contenedores.

Adicional a ello, recientemente la SPRB adelantó los mantenimientos correspondientes al cumplimiento de un lustro de funcionamiento de los escáneres, esto, en virtud de la obligación estipulada en el artículo 6° de la Resolución 084 de 2015, donde establece que los concesionarios deberán diseñar y ejecutar los planes de mantenimiento preventivo y correctivo, para los equipos de inspección no intrusiva adquiridos.

Durante el periodo comprendido entre el 21 de febrero y el 4 de marzo del año en curso, la empresa **API** realizó un mantenimiento general de operación y efectuó los mantenimientos correctivos y preventivos como actualización de equipos que permitirían mejorar el rendimiento de estos en su uso y operación [Anexo N° 2].
 (...)

Ahora bien, dado que la Resolución 84 de 2015¹⁰, impone a los concesionarios la obligación de diseñar y ejecutar los planes de mantenimiento preventivo y correctivo, recientemente la **SPRB** hizo entrega a las autoridades del cronograma de mantenimiento preventivo para el escáner portal de contenedores y escáner de pallets de la **SPRB** para el año 2022 [Anexo N°4 y Anexo N° 5].

En consonancia con lo establecido en este acápite y con las pruebas recaudadas a lo largo de esta investigación administrativa, puede afirmarse que a la fecha tanto el escáner de contenedores como el escáner de pallets, **se encuentran funcionando y operando en condiciones óptimas**, todo esto resultado del actuar diligente de la **SPRB**, expuesta en este documento y que la **CORMAGDALENA** no ha tenido en cuenta en la presente investigación, por lo cual a la luz de lo señalado en el artículo

86 de la Ley 1474 de 2011¹¹, dado la cesación de los hechos que dieron lugar a abrir la presente investigación, es necesario archivar la presente investigación...”

Sobre el particular es de señalar por parte de esta Oficina Asesora Jurídica, lo siguiente:

- a) El artículo 871 del Código de Comercio, establece lo siguiente:

“Artículo 871. PRINCIPIO DE BUENA FE. Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.” (Subrayas y negrilla fuera del texto).
- b) En virtud de lo anterior, la conclusión necesaria es que el contrato de concesión Portuaria No. 008-1993, suscrito con el Concesionario, se integra con otros elementos que emanan de la naturaleza del mismo y del principio de la buena fe, lo que genera obligaciones para las partes que no se pueden desconocer, con base en el argumento de que tales obligaciones no se pactaron en literalidad del contrato.
- c) En efecto, la Superintendencia General de Puertos celebró el Contrato de concesión portuaria No. 008 de 1993, con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A, y dentro de las obligaciones contractuales del Contratista se estableció en ejercicio tanto del principio de la buena fe contractual, como de la autonomía de la voluntad, la cláusula décima segunda, del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993, en donde se destaca:

“CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. – EL CONCESIONARIO se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes:

(...)

12.6. Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean, respecto de otras autoridades de cualquier orden, como por ejemplo la obtención de licencia y permisos de autoridades locales, y en forma especial, las exigencias que formule cualquier de las autoridades competentes, a través de la Superintendencia”.

(...)

12.25. Será de responsabilidad del Concesionario, manejar, administrar el puerto en forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, manteniendo condiciones de vigilancia y de seguridad del personal, de la carga, de las instalaciones e infraestructura portuaria.

(...)

12.28. Será responsabilidad del concesionario, invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.

(...)

12.31 Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, sobre aspectos técnicos de operación y las normas que la modifiquen o adicionen.” (Subrayas y negrilla fuera del texto).
- d) Con lo anterior, es claro que, en el contrato de concesión, la intención de los contratantes, no se limitó a las meras estipulaciones contractuales, por el contrario, existe la posibilidad de que si en el futuro existían regulaciones o modificaciones legales tendientes a influir en el desarrollo y ejecución del contrato, estas debían serle exigibles a las partes contratantes.

- e) Conforme a lo anterior, cualquier interpretación que excluya de poder coercitivo aquellas obligaciones que tienen en su origen en la ley, no solo desconoce la intención original de los contratantes, también desconoce el carácter supletorio o complementario de la ley frente a los deberes que surgen de la ejecución del contrato.
- f) Por tanto, y en relación con la supuesta endilgación de una responsabilidad objetiva al Concesionario, sobre el particular es de señalar, en primer lugar que “...la responsabilidad objetiva está proscrita en materia penal o disciplinaria y al tenor del artículo 88, *in fine*, de la Constitución Política, la ley “definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos (...) Avalando este planteamiento, la jurisprudencia constitucional, civil y contencioso administrativa, reconoce categorías singulares de responsabilidad objetiva en hipótesis concretas soportadas en la hermenéutica del correspondiente precepto legal....”²¹ En segundo lugar, para que se pueda hablar de responsabilidad objetiva en general, se requiere que existan tres elementos, los cuales son a saber: un daño, un nexo y un hecho causal, y en donde el factor de atribución se fija en si hay o no un riesgo. En otras palabras, es necesario determinar si se concreta el daño, y si dicho daño es producto o consecuencia del riesgo generado por el hecho. Por tanto, de concretarse el daño, y que este sea producto o consecuencia del riesgo generado por el hecho objeto de revisión, abra lugar a la indemnización por ser el riesgo la causa del daño. Por tanto, el riesgo en la responsabilidad objetiva, es el fundamento de la misma, por lo cual, se describen hipótesis de imputabilidad sin culpa, “...remitiéndose a factores objetivos como el riesgo o el peligro, la capacidad de asumir los costos de evitación o de reparar la lesión, fundándose en la situación del sujeto respecto de las cosas, su posición o relación con sus congéneres o el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa permitida por su utilidad social, verbi gratia, la custodia de una cosa, la propiedad sobre ésta, el uso de un animal o el riesgo...”²² Teniendo claro lo anterior, la función sancionatoria de la administración "tiene significativo carácter preventivo, constituyéndose ésta en una de sus más sobresalientes notas"²³(Negrillas con subrayas fuera de texto). En efecto, "...la sanción administrativa tiene por finalidad normativa -y ello constituye la base de la competencia de la autoridad facultada para su imposición- evitar la comisión de infracciones que atenten contra la integridad de los bienes jurídicos cuya protección le ha sido atribuida por el legislador a la autoridad administrativa..."²⁴ Es por ello que el literal d), del Artículo 86 de la Ley 1474 de

²¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 24 de agosto de 2009 .M.P. Dr. William Namén Vargas. Pág. 57.

²² Ibídem. Pág. 26.

²³ JAIME OSSA ARBELAEZ, "Derecho Administrativo Sancionador". Pág.583. Legis, 1era. Edic. 2000; GUSTAVO H. RODRÍGUEZ, Derecho Administrativo Disciplinario. Ed. Librería del profesional. 1.985, pág. 20; REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. Víctor Sebastián Baca Oneto. DOI: 10.18601/21452946.n21.13. Junio 2019.

²⁴ CONSEJO DE ESTADO. Concepto de la Sala de Consulta C.E. 1454 de 2002.

2011, establece que “*La entidad podrá dar por terminado el procedimiento en cualquier momento, si por algún medio tiene conocimiento de la cesación de situación de incumplimiento.*” Teniendo en cuenta lo anterior, no puede hablarse de responsabilidad objetiva, en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, toda vez que la finalidad del mismo es precisamente preventiva y conminatoria al cumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato de concesión portuaria fluvial, el cual fue suscrito a la luz de la normatividad colombiana para la materia. En tercer lugar, las conductas que son objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio “*...debe reunir una serie de características que justifiquen la imposición de un castigo. Así, en primer lugar, debe existir una conducta, ya sea por acción o por omisión²⁵, la cual debe ser atribuible al sujeto a quien se imputa, quien además debe poder ser pasible de un castigo. Así mismo, dicha conducta debe afectar injustificadamente a un bien jurídico, considerado valioso por el ordenamiento jurídico. Igualmente, dado que la consecuencia es un castigo, la conducta debe ser reprochable²⁶, **lo que excluye la atribución objetiva de responsabilidad y exige al dolo, o al menos negligencia, pues de otro modo no se podría castigar a quien lo hizo todo bien...**²⁷*” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- g) Así mismo, es de señalar en reiterada Jurisprudencia del Consejo de Estado, se ha señalado “*(...) Por regla general las multas tienen una finalidad de constreñimiento, coerción o coacción para presionar, compelir o apremiar en forma legítima al contratista a dar cumplimiento al contrato, cuando quiera que se verifique la inobservancia por parte de este en el desarrollo de las obligaciones a su cargo, o esté en mora o retardo en su ejecución conforme a los plazos convenidos. **No tienen por objeto indemnizar o reparar con su imposición un daño, razón por la cual para su aplicación no se exige la demostración del mismo**²⁸, sino simplemente se trata de un mecanismo coercitivo ante la tardanza o el incumplimiento parcial del contratista, para compelirlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual. **Es decir, las multas cumplen una función sancionatoria y no indemnizatoria, pues no tienen como propósito reparar los perjuicios sufridos por la entidad ante el incumplimiento.** Son medidas disuasorias destinadas a superar la infracción de las obligaciones contractuales y, por tanto, su función principal es apremiar al contratista para que dé cumplimiento a las mismas, dado que cuando a un contratista se le aplica una*

²⁵ MIRIAM CUETO PÉREZ. "Los principios de la potestad sancionadora de la Administración pública. Tipicidad y responsabilidad". Documentación Administrativa: INAP, Madrid, 2008.

²⁶ JORGE DANÓS ORDÓÑEZ. "Notas sobre la potestad sancionadora de la Administración", Ius et Veritas: Asociación Civil Derecho y Sociedad de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1994.

²⁷ Op. Cit. REVISTA DIGITAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. Víctor Sebastián Baca Oneto. DOI: 10.18601/21452946.n21.13. Junio 2019.

²⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 14.393 y de 14 de julio de 2005, exp. 14.289.

multa por incurir en mora en el cumplimiento de su obligación o por cumplirla defectuosamente, las reglas de la experiencia indican que al ejercerse este medio de presión adecuará su conducta a los términos del contrato para evitar que en lo sucesivo ello vuelva a ocurrir, con mayor razón cuando la infracción contractual reiterada y la consiguiente imposición de multas genera inhabilidad para contratar con el Estado...”²⁹. Por tanto, “...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...**”³⁰ (Negritas con Subrayas fuera de texto).

- h) Con base en esta última sentencia, se destaca que el asegurado es quien debe demostrar la ocurrencia del siniestro, así como, la no necesidad de la determinación del monto de la pérdida en tratándose de cláusulas penales o multas. En efecto, para el caso en concreto, tenemos que: i) por un lado, el concesionario no ha demostrado la NO ocurrencia del siniestro, aspecto éste suficiente demostrado, tal y como se puede observar en el Cuadro No. 1 de la presente resolución³¹; y de otra parte, ii) resulta claro para este Despacho que, conforme al acervo probatorio, sí existe obligación legal y contractual de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla de contar con equipos que faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, entre otras, y disponer de los equipos necesarios para que toda la mercancía, las unidades de carga y los medios de transporte, al momento de ingresar desde el territorio aduanero nacional a las instalaciones portuarias, sean sometidos a revisión a través de los equipos de inspección no intrusiva existentes. Por tanto, conforme a las pruebas recaudadas, y el análisis de esta Oficina Asesora Jurídica a lo largo del presente acto administrativo, se probó del incumplimiento por parte de la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla.
- i) 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 Quinta, que señala “**CLAUSULA DECIMA QUINTA: MULTAS POR MORA O INCUMPLIMIENTO.- Cuando se haya producido mora o incumplimiento parcial**

²⁹ CONSEJO DE ESTADO, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 10 de octubre de 2013. Radicación número: 11001-03-06-000-2013-00384-00 (2157).

³⁰ 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).

³¹ Páginas 19 y siguientes.

de obligaciones legales y contractuales por parte de **EL CONCESIONARIO, LA SUPERINTENDENCIA** le impondrá multas sucesivas. Cada multa podrá ser hasta por un valor de 35 días de ingresos brutos de **EL CONCESIONARIO**, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo los perjuicios causados, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y de las instalaciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de **EL CONCESIONARIO**. Sí este, no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones previstas por el artículo 41 de la Ley 1a de 1991 y el Decreto reglamentario 1002 del 31 de mayo de 1993. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con los artículos 42 de la citada Ley.” (Subraya fuera de texto)

- j) Confirmando lo expuesto, el numeral 2³² del mismo clausulado de la póliza de cumplimiento No. 2259189-3, expedida por la Compañía Garante que ampara el cumplimiento del contrato No. 8 de 1993, nos recuerda que no existe probada una causal legítima que exima de responsabilidad al Concesionario y en tal sentido, no se encuentran argumentos para mantener el argumento expuesto por el Concesionario.
- k) Si bien es cierto que en el material probatorio obrante en el expediente se observó por parte del Concesionario, una continuación en la prestación de los servicios de distribución de carga de importación y exportación, ello no significó, que no se dificultara para las autoridades correspondientes (DIRAN), con los daños y fallas frecuentes de los escáneres de pallets y de carga, el debido ejercicio de su función, en efecto, la DIRAN señaló que “...Sin embargo, la inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticos, dado que este elemento permite consecutivamente apoyar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar....³³ (Negrillas y subrayas fuera de texto)
- l) En conclusión, el presente procedimiento administrativo sancionatorio, no puede hablarse de responsabilidad objetiva, como se pretende señalar por parte del apoderado del Concesionario, pues, no se dan los elementos del mismo, tal y como

³² "...2. EXCLUSIONES

LOS AMPAROS PREVISTOS EN EL PRESENTE SEGURO NO OPERARAN EN LOS SIGUIENTES CASOS:

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

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

2.3. USO INDEBIDO O INADECUADO O FALTA DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO AL QUE ESTA OBLIGADA LA ENTIDAD ESTATAL.

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

³³ Op. Cit. Prueba documental de oficio a la DIRAN (reiteración bajo radicado No. 2022-300-1460 del 17 de mayo de 2022), con asunto “respuesta comunicado Rad.2022-300-1460-17/05/2022”, en dos (2) folios.

ya fue explicado en el literal anteriores. Adicional a lo anterior, es evidente que existen unas conductas realizadas u omitidas por el Concesionario (objeto del presente procedimiento), reprochables inicialmente a título de negligencia, (por lo cual, no puede hablarse de diligencia), las cuales afectaron bienes jurídicos, con lo cual, no se puede hablar por parte del apoderado del Concesionario de una responsabilidad objetiva, sino todo lo contrario de responsabilidad subjetiva.

- m) A pesar de las actuaciones realizadas por el Concesionario, a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, al momento de presentarse los alegatos finales por parte de los convocados, al menos uno de los escáneres presenta problemas, independientemente que dichos equipos cumplan con la normatividad establecida para dicho fin (Decreto 2155 de 2014), tal y como se señala en la prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022³⁴, remitida por la Subdirección de Gestión Comercial.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento, por carecer de fundamento el mismo.

iii. La seguridad, eficiencia, continuidad e integridad del puerto de la SPRB nunca se ha visto afectada.

Como tercer punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “...Ahora bien, si la finalidad de abrir la presente investigación administrativa, fue en aras de proteger el ordenamiento jurídico en lo que corresponde a la prevención del contrabando, el tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas y el tráfico de divisas, así como la eliminación de las congestiones en los terminales, con el fin de garantizar flujos continuos de mercancía a todo lo largo de la cadena logística (de acuerdo con el artículo 88 de la Ley 1450 de 2011, el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución 084 del 31 de julio de 2015)

(...)

es necesario poner de presente en este escrito de alegatos, la debida prestación de los servicios portuarios de forma segura, eficaz, continua y garantizada, respetando la integridad del personal del puerto, de los usuarios y de las autoridades que intervienen en la operación de la **SPRB** así:

(i) En cuanto a la seguridad e integridad en la prestación del servicio portuario:

Al respecto, debe afirmarse en este etapa de la investigación administrativa que, la prestación del servicio portuario en la **SPRB**, pese a la interrupción parcial de los equipos (como resulta normal de los equipos de esta tecnología y de uso 24/7) continuó prestándose, garantizando la seguridad e integridad tanto del puerto, como de las personas que acceden a él (trabajadores, usuarios, autoridades).

(...)

Así las cosas, se puede concluir que los métodos utilizados, bien sea, inspección no intrusiva u otras modalidades, han resultado efectivos para sus fines: es decir, para garantizar la seguridad del puerto y con ello prevenir el ingreso de contrabando, el tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas y el tráfico de divisas, entre otros.

(...)

³⁴ Op. Cit. Prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022. Hoja Año 2022.

(ii) En cuanto a la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio portuario:

Ahora bien, si la finalidad de estas normas era evitar la prevención del contrabando, el tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas y el tráfico de divisas, así como la eliminación de las congestiones en los terminales, con el fin de garantizar flujos continuos de mercancía a todo lo largo de la cadena logística, resulta claro para el caso en concreto, que la **SPRB** no sólo ha retrasado su operación por la paralización parcial de estos dos escáneres, sino que realizó las mejores prácticas portuarias y de eficiencia para evitar inconvenientes de congestión, que son los acotados por la norma como la finalidad principal de esta regulación.

En este sentido, el servicio público portuario **NUNCA** se ha dejado de prestar, no solo porque los escáner han funcionado parcialmente por un lapso determinado en razón del giro normal de la operación- y a la fecha están funcionando- sino también con ocasión a que los escáner no son el único instrumento a través del cual la **SPRB** puede realizar actividades de inspección para evitar la contaminación de la carga.(...)"

Sobre el particular es de señalar que

- a) La Superintendencia General de Puertos celebró el Contrato de concesión portuaria No. 008 de 1993, con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A, y dentro de las obligaciones contractuales del Contratista se estableció en ejercicio tanto del principio de la buena fe contractual, como de la autonomía de la voluntad, la cláusula décimo segunda, del Contrato de Concesión Portuaria No. 008-1993, en donde se destaca:

"CLÁUSULA DECIMA SEGUNDA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. – EL CONCESIONARIO se obliga para con LA SUPERINTENDENCIA a cumplir con todas las obligaciones legales y contractuales necesarias para el desarrollo de este contrato, en especial, con las siguientes:

(...)

12.6. **Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean**, respecto de otras autoridades de cualquier orden, como por ejemplo la obtención de licencia y permisos de autoridades locales, y en forma especial, las exigencias que formule cualquier de las autoridades competentes, a través de la Superintendencia".

(...)

12.25. Será de responsabilidad del Concesionario, manejar, administrar el puerto en forma ordenada y responsable, para garantizar su eficiencia y máxima utilización, **manteniendo condiciones de vigilancia y de seguridad del personal, de la carga, de las instalaciones e infraestructura portuaria.**

(...)

12.28. **Será responsabilidad del concesionario, invertir en infraestructura y equipo que aumenten las operaciones y la eficiencia del puerto.**

(...)

12.31 **Las demás que se deriven de la ley y demás disposiciones vigentes, sobre aspectos técnicos de operación y las normas que la modifiquen o adicionen.**" (Subrayas y negrilla fuera del texto).

- b) Con lo anterior, es claro que, en el contrato de concesión, la intención de los contratantes, no se limitó a las meras estipulaciones contractuales, por el contrario, existe la posibilidad de que si en el futuro existían regulaciones o modificaciones legales tendientes a influir en el desarrollo y ejecución del contrato, estas debían serle exigibles a las partes contratantes.

- c) Se reitera lo señalado en el acápite anterior, dado que en el material probatorio obrante en el expediente se observó por parte del Concesionario, una continuación en la prestación de los servicios de distribución de carga de importación y exportación, pero ello no significó, que no se dificultara para las autoridades correspondientes (DIRAN), con los daños y fallas frecuentes de los escáneres de pallets y de carga, el debido ejercicio de su función, en efecto, la DIRAN señaló que “...Sin embargo, la inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticos, dado que este elemento permite consecutivamente apoyar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar....³⁵ (Negrillas y subrayas fuera de texto)
- d) Por tanto, no puede alegarse por parte del Concesionario el ejercicio de sus deberes contractuales, en cuanto a: i) la seguridad e integridad en la prestación del servicio portuario; ii) la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio portuario, como excluyentes para el reproche objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, ya que quedó demostrado probatoriamente, que si se generó un impacto negativo en el normal desarrollo de las labores ejercidas por la DIRAN, tal y como se puede apreciar en el literal anterior.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

iv. Los escáneres no son parte fundamental en la inspección de la carga.

Como cuarto punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “...Otra de los argumentos centrales de CORMAGDALENA, en el auto que abrió los cargos a la SPRB, se relacionan con la importancia de los equipos de inspección no intrusiva para la revisión y fiscalización de los contenedores y paqueterías, como único medio para dichos fines. Como consecuencia de esto, a lo largo de la investigación, la Jefe de la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA, ha preguntado a las autoridades qué puede implicar la falta de los equipos de escáner y la atención de inspección intrusiva frente a la operación del terminal y frente al sistema de control de las mercancías. En tal sentido, la Comisión Intersectorial para la implementación de los equipos escáneres, en prueba por informe de 30 de junio de 2021 señaló³⁶ (...)”

³⁵ Op. Cit. Prueba documental de oficio a la DIRAN (reiteración bajo radicado No. 2022-300-1460 del 17 de mayo de 2022). con asunto “respuesta comunicado Rad.2022-300-1460-17/05/2022”, en dos (2) folios.

³⁶ “...lo siguiente sobre el particular:¿Qué debió realizar tanto la Policía Nacional – Policía Fiscal y Aduanera, cómo la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN, para mitigar las dificultades o inconvenientes que han tenido o que tienen, para el control, revisión y fiscalización de contenedores y paquetería en general en la SPRB?”

Por su parte, la Dirección Antinarcóticos de la Policía Nacional en la prueba documental de 31 de mayo de 2022 indicó³⁷ (...)

No obstante lo anterior, resulta probado dentro de la presente investigación administrativa, en orden a las pruebas documentales, los oficios emitidos por las autoridades respectivas, así como los testimonios que los escáneres son una ayuda, un componente electrónico o tecnológico que facilita la inspección de la carga;

(...)

Así las cosas, debe resaltarse para efectos de este escrito de alegatos de conclusión y conectando las manifestaciones realizadas por los testigos en razón del cargo que ostentan, así como por la Comisión Intersectorial que, los Terminales portuarios a la luz de lo señalado en la Resolución 084 de 2015, deben tener en cuenta el Manual de Procedimientos de Inspección NoIntrusiva Simultánea para las operaciones de importación, exportación y tránsito aduanero en los terminales marítimos”

(...)

En suma con lo anterior, debe precisarse respecto de los escáneres que, éstos únicamente detectan densidades, es decir, en la pantalla solo se puede visualizar una especie de sombra, por lo cual, a través de las imágenes que arrojan los escáneres no es posible determinar de qué trata o cuál es el tipo de contaminación, tal como se puede observar en la siguiente imagen sino es necesario la inspección intrusiva [Anexo Nº8]:

(...)

Por último, es importante poner de presente en este estado del proceso que, los escáneres como cualquier equipo electrónico que trabaja 24/7, debe tener mantenimientos – los cuales son contemplados en la ley¹³- por lo cual deben ser apagados en este caso por motivos de seguridad de las personas que se encuentran manipulando los equipos. En este caso, de igual forma se debe acudir a los planes de contingencia planteados por el puerto mientras los escáneres son intervenidos y esto no implica en ningún momento que la eficiencia del puerto se vea afectada...”

Sobre el particular, esta Oficina Asesora Jurídica señala que:

- a) Se recuerda que el objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, es el cumplimiento de la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, en sintonía con el Contrato de Concesión No. 008 de 1993, por lo cual, el argumento esbozado por el Concesionario, relativo a que “Los escáneres no son parte fundamental en la inspección de la carga”, no viene a lugar, pues no se está discutiendo ello, sino el establecimiento y mantenimiento en

Ante las fallas en los escáneres, como herramienta de inspección no intrusiva, la opción para las autoridades es la realización de inspecciones físicas, de acuerdo con el sistema de gestión del riesgo de cada autoridad; no obstante, respetuosamente se sugiere hacer la consulta directamente a dichas autoridades para que, en el marco de sus competencias, brinden la información correspondiente...”.

³⁷ “...lo siguiente: ‘Sin embargo, la inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticas, dado que este elemento permite consecutivamente apoyar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar’”.

funcionamiento de equipos de inspección no intrusiva para el trabajo de control que ejercen las autoridades correspondientes, de conformidad con lo establecido en la normatividad legal pertinente (Decreto 2155 de 2014).

- b) El artículo 88 de la Ley 1450 de 2011 exigió de las empresas privadas que participan en la gestión de procesos asociados a la distribución de carga de importación y exportación, adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio a los usuarios de carga, así como contar con equipos que faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, entre otras. En efecto, el artículo 88 de la norma antes citada señala:

"ARTÍCULO 88. CONTINUIDAD EN LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE LOS AGENTES QUE PARTICIPAN EN LA GESTIÓN DE LOS PROCESOS LOGÍSTICOS ESENCIALES ASOCIADOS A LA DISTRIBUCIÓN DE CARGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN. Las empresas privadas que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados a la distribución de la carga de importación y exportación y las entidades gubernamentales encargadas de la inspección y control aduanero, antinarcóticos, sanitario, fitosanitario **deberán adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar el servicio a los usuarios de la carga durante las veinticuatro (24) horas del día de los siete (7) días de la semana en los diferentes puertos marítimos y otros centros de concentración de carga exterior, que serán definidos por el Ministerio de Transporte. Todo lo anterior encaminado a prevenir el contrabando, el tráfico de estupefacientes, el comercio ilegal de armas y el tráfico de divisas.**

PARÁGRAFO 1o. Las concesiones de puertos podrán adoptar de forma inmediata incentivos económicos o de otro tipo que permitan el funcionamiento permanente y continuo durante las veinticuatro (24) horas del día de los siete (7) días de la semana de las instalaciones portuarias en sus diferentes funciones y que garanticen flujos continuos de mercancía a todo lo largo de la cadena logística que tiendan a eliminar las congestiones que se presentan en la actualidad, atendiendo al criterio de racionalidad, de acuerdo con la naturaleza del servicio que se presta.

PARÁGRAFO 2o. El esquema de incentivos buscará equilibrar la demanda a lo largo de todas las horas del día para lograr una distribución más eficiente del uso de las instalaciones portuarias. De igual forma las concesiones portuarias diseñarán manuales de buenas prácticas para generar mayor celeridad, regularidad y una distribución más eficiente en los procesos y operaciones que están bajo su responsabilidad.

Para tal fin dichas entidades, en coordinación con las autoridades de control e inspección contarán con equipos cuyos estándares unificados de tecnología, de acuerdo con los requerimientos del comercio internacional, faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, además del comercio ilegal de armas, en cada nodo de comercio exterior, para tal efecto el Gobierno Nacional reglamentará dichos estándares e implementará su aplicación". (Negrillas y subrayas fuera de texto).

- c) En efecto, se reitera nuevamente lo señalado por el Jefe del Grupo de Control Portuario de la DIRAN, el cual señaló que "...***...Sin embargo, la inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del***

comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticos, dado que este elemento permite consecutivamente apoyar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar....³⁸ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

- d) Si bien es cierto lo señalado en el testimonio del señor Alexander Gómez en su condición de representante legal de API³⁹, en el sentido de señalar que “...el escáner es un componente, una ayuda, digamos electrónica o tecnológica, más bien, para facilitar ese tipo de trabajos...”, también es cierto que dentro de las obligaciones establecidas para el Concesionario, de conformidad con lo establecido en el Artículo No. 6 de la Resolución No. 084 de 2015, el concesionario debe garantizar el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva en el menor tiempo de afectación posible del servicio.
- e) Así mismo, si bien es cierto que “los escáneres como cualquier equipo electrónico que trabaja 24/7, debe tener mantenimientos – los cuales son contemplados en la ley”, tal y como señala el apoderado del concesionario en sus argumento de conclusión, también es cierto, con base en el material probatorio señalado en el numeral 5.3.1 del presente escrito, que pese a que se han practicado dichos mantenimientos, los equipos siguen presentando fallas, dificultando aún más las tareas de las autoridades policiales en dicho sentido, pues a pesar de las actuaciones realizadas por el Concesionario, a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, al momento de presentarse los alegatos finales por parte de los convocados, al menos uno de los escáneres presenta problemas, independientemente que dichos equipos cumplan con la normatividad establecida para dicho fin (Decreto 2155 de 2014), tal y como se señala en la prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022⁴⁰, remitida por la Subdirección de Gestión Comercial.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

- v. Nunca se afectó la continuidad en la prestación de los servicios de los agentes que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados en la distribución de carga de importación y exportación (DIAN, DIRAN).

Como quinto punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “...otro de los argumentos esbozados por parte de CORMAGDALENA como parte de los cargos propuestos en contra de la SPRB, son que las autoridades (DIRAN – DIAN) han tenido dificultades e inconvenientes para el control, revisión y fiscalización de contenedores y paqueterías, por lo cual, solicitó a través de la prueba por informe por parte de la Comisión Intersectorial lo siguiente
(...)

³⁸ Op. Cit. Prueba documental de oficio a la DIRAN (reiteración bajo radicado No. 2022-300-1460 del 17 de mayo de 2022). con asunto “respuesta comunicado Rad.2022-300-1460-17/05/2022”, en dos (2) folios.

³⁹ Testimonio rendido en sesión de la audiencia del 11 de marzo de 2022.

⁴⁰ Op. Cit. Prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022. Hoja Año 2022.

No obstante lo anterior, es necesario que CORMAGDALENA en aras de poder valorar los hechos y pruebas bajo las reglas de la sana crítica, considere que DIRAN y la DIAN como autoridades que intervienen directamente en el funcionamiento del escáner portal de contenedores y escáner de pallets, ejercen las siguientes funciones en lo que corresponde a las labores de inspección de la carga

(...)

Todo este panorama permite establecer que las autoridades que inciden directamente en el funcionamiento y operación de los escáneres – tales como **DIAN** y **DIRAN**- no han tenido afectación o han asumido cargas adicionales que impidan realizar la labor de control de las operaciones de ingreso y salida de las unidades de carga, medios de transporte, mercancías y provisiones a bordo en el puerto de la **SPRB**, esto con el fin de evitar riesgos de contrabando, tráfico de divisas, estupefacientes y comercio ilegal de armas..."

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) Se recuerda nuevamente que el objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, es el cumplimiento de la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, en sintonía con el Contrato de Concesión No. 008 de 1993, por lo cual, el objeto de reproche frente a las obligaciones del Concesionario, se refieren al establecimiento y mantenimiento en funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva para el trabajo de control que ejercen las autoridades correspondientes, de conformidad con lo establecido en la normatividad legal pertinente (Decreto 2155 de 2014), que para este caso en particular son: Un (1) Escáner de Portal Contenedores fuera de servicio desde el 30 de mayo de 2020 y Un (1) Escáner de pallets fuera de servicio desde agosto de 2019, incumpliendo así las obligaciones contenidas en los numerales 12.28 y 12.31 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato de Concesión.
- b) El artículo 88 de la Ley 1450 de 2011 exigió de las empresas privadas que participan en la gestión de procesos asociados a la distribución de carga de importación y exportación, adoptar las medidas necesarias para garantizar la continuidad del servicio a los usuarios de carga, así como contar con equipos que faciliten la detección del contrabando, el tráfico de divisas y estupefacientes, entre otras.
- c) Por su parte, el Decreto 2155 de 2014 definió los estándares unificados de tecnología de los equipos de inspección no intrusiva que deben operar en los nodos de transferencia de comercio exterior, y que deben ser instalados por los concesionarios portuarios. Ello conforme a los artículos 1 y segundo del anotado Decreto.⁴¹

⁴¹ Decreto 2155 de 2014. Artículo 1°. Objeto. El objeto del presente decreto es la definición de los estándares unificados de tecnología de los equipos de inspección no intrusiva que deben operar en los nodos de transferencia de comercio exterior, para la detección del contrabando, el tráfico de divisas, estupefacientes y el comercio ilegal de armas, así como la creación de la Comisión Intersectorial para la implementación y seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva. Parágrafo. Los nodos de transferencia de comercio exterior son los puertos marítimos y fluviales, los aeropuertos y los pasos de frontera por donde ingresa y sale mercancía objeto de comercio exterior.

Decreto 2155 de 2014. Artículo 2°. Ámbito de Aplicación. El presente decreto aplica a los concesionarios o administradores portuarios, aeroportuarios y a las autoridades respectivas en los pasos de frontera. Aplica también a la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la Policía Nacional, la Dirección General Marítima del Ministerio de Defensa Nacional (Dimar), la Agencia Nacional de Infraestructura (ANI) y la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena (CORMAGDALENA). (Negrillas y subrayas fuera del texto)

- d) En gracia de discusión, el concesionario señala que “...Nunca se afectó la continuidad en la prestación de los servicios de los agentes que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados en la distribución de carga de importación y exportación (DIAN, DIRAN)...”, sobre el particular, es de reiterar nuevamente lo señalado por el Jefe del Grupo de Control Portuario de la DIRAN, el cual señaló que “...Sin embargo, la inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticos, dado que este elemento permite consecutivamente apoyar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar....⁴² (Negrillas y subrayas fuera de texto)
- e) Teniendo claro lo anterior, es pertinente afirmar que las fallas en los escáneres objeto del presente procedimiento administrativo sancionatorio, si han tenido afectación, ya que con la falta de ellos, no se ha permitido potenciar las actuaciones antinarcóticos, para el caso de la DIRAN.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

vi. Cesación de los hechos objeto de la presente investigación administrativa.

Como sexto punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que “... a lo largo de la presente investigación y en cada una de las audiencias celebradas, se ha señalado a la Jefe de la Oficina Jurídica de **CORMAGDALENA** que, tanto el escáner portal de contenedores, como el escáner de pallets, se encuentran funcionando y operando correctamente, tal como lo indicó la Comisión Intersectorial para la implementación de los equipos de inspección no intrusiva, en el seguimiento que adelanta dicha entidad a los escáneres de la **SPRB** (con corte de 27 de mayo de 2022) [Anexo Nº 9]. Por lo cual, a la luz de lo señalado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, debe darse por terminado la presente investigación administrativa por cesación de los hechos.

(...)

Adicional a ello, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA, también debe considerar que las investigaciones administrativas deben cumplir con los principios establecidos en el artículo 3º del CPACA, tales como, el principio de economía procesal, de eficacia y de celeridad:

(...)

Este argumento además, ha sido respaldado por el apoderado de la compañía garante mediante comunicación de 17 de mayo de 2022 [Anexo Nº 10], quien solicita en este caso la terminación del proceso por encontrarse superados los hechos de la investigación: “Bajo el anterior contexto, y como se desprende de la prueba trasladada, más allá de toda duda razonable **los presuntos incumplimientos se encuentran superados, por lo que se impone dar aplicación a lo dispuesto en la parte final del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en el sentido de declarar la cesación del procedimiento**

(...)

Considerando los argumentos expuestos en este acápite, así como a lo largo de este documento, solicitamos a esta Jefe de la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA que en

⁴² Op. Cit. Prueba documental de oficio a la DIRAN (reiteración bajo radicado No. 2022-300-1460 del 17 de mayo de 2022), con asunto “respuesta comunicado Rad.2022-300-1460-17/05/2022”, en dos (2) folios.

aplicación del literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011⁴³, de por terminado el procedimiento administrativo sancionatorio en contra de la SPRB, teniendo en cuenta que los hechos objeto de la investigación, esto es, tener fuera de servicio un (1) escáner portal de contenedores y un (1) escáner de pallets, ya fueron superados, pues se ha demostrado que estos equipos se encuentran en funcionamiento..."

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) Nada más alejado de la realidad, lo señalado por parte del Concesionario, en especial teniendo en cuenta las pruebas recaudadas a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio. En efecto, como se puede observar y concluir de las pruebas citadas en el numeral 6.3.1. del presente documento, en especial en su literal L, es evidente para esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento respecto a la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, frente al Contrato de Concesión No. 008 de 1993, objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual y legal.
- b) De hecho la prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022, que mediante comunicación interna No. 2022-100-1497 del 1 de julio de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica por parte de la Subdirección de Gestión Comercial, se remitió el oficio con asunto: "Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019", por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva, en donde en dicha prueba documental se señaló respecto del escáner de pallets lo siguiente: "...junio 17 de 2022: prendido pero con problema de imagen. Equipo permanece con una sola visual lateral. El proveedor aún no hace entrega de la pieza para reparar visual superior. Policía Antinarcóticos no utiliza el equipo en este estado."⁴³ (Negrillas y subrayas fuera de texto)
- c) Por tanto, es absolutamente diáfano la imposibilidad que recae sobre esta Oficina Asesora Jurídica de poder dar aplicación al aparte relativo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en atención a la solicitud del apoderado del garante relativo a la terminación del presente procedimiento administrativo sancionatorio, por encontrarse superados los hechos de la investigación, ya que los mismos aún no han sido superados. Así mismo es claro y evidente que si se han generado afectaciones en la continuidad en la prestación de los servicios de los agentes que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados en la distribución de carga de importación y exportación (DIRAN).
- d) Así mismo se recuerda al Concesionario, que los principios de economía y celeridad, establecidos en el artículo 3 del CPACA, se deben acompañar con los principios de

⁴³ Prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022. Hoja Año 2022.

eficacia⁴⁴, buena fe⁴⁵ y moralidad⁴⁶, a fin de poder tomar las decisiones **en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.** aunado a lo anterior, esta autoridad administrativa se caracteriza por ser garante del debido proceso, particularmente en este procedimiento se revisó la conductencia, pertinencia y utilidad de las pruebas decretadas, por lo cual se accedió a las sendas pruebas solicitadas por el mismo apoderado del concesionario, en las cuales los apoderados ejercieron el derecho1 de defensa y contradicción sobre las mismas.

- e) 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 emanen precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenezcan a ella*”.
- f) Sobre el principio de buena fe, especialmente en materia de contratación estatal, el Consejo de Estado ha indicado el Consejo de Estado, 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*

⁴⁴ LEY 1437 de 2011 Artículo 3, numeral 11. “En virtud del principio de eficacia, **las autoridades buscarán que los procedimientos logren su finalidad** y, para el efecto, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, **evitarán decisiones inhibitorias**, dilaciones o retardos y sanearán, de acuerdo con este Código las irregularidades procedimentales que se presenten, **en procura de la efectividad del derecho material objeto de la actuación administrativa.**”

⁴⁵ LEY 1437 de 2011 Artículo 3, numeral 4. “En virtud del principio de buena fe, **las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento leal y fiel de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.**”

⁴⁶ LEY 1437 de 2011 Artículo 3, numeral 5. “En virtud del principio de moralidad, **todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.**”

es, ajustados en un todo al ordenamiento jurídico y a lo convenido.”⁴⁷ (Negritas cursivas, y subrayado fuera de texto)

- g) En estos términos, en virtud del principio de la buena fe, moralidad y eficacia, las partes se obligan no solo a cumplir con las estipulaciones del contrato de concesión portuaria e incluso, sino a aquellas sobre las cuales la ley disponga, y por ende, no puede darse por terminado de manera anticipada el presente procedimiento administrativo por superación de los hechos.

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

vii. Proporcionalidad de la sanción.

Finalmente, como séptimo punto en la defensa del Concesionario, se hace referencia a que: “...si a pesar de los argumentos expuestos a lo largo de esta investigación por parte de la SPRB, CORMAGDALENA decide imponer una multa, debe tener en cuenta y aplicar el principio de proporcionalidad, que constituye un postulado que informa toda la actividad administrativa y no pretende otra cosa que la adecuación entre medios y fines, entre las medidas utilizadas y las necesidades que se tratan de satisfacer⁴⁸. En este sentido, la proporcionalidad integra el debido proceso, y por eso, la solución no puede ser otra que su aplicación directa, so pena de la nulidad del acto sancionatorio.

(...)

En este orden de ideas, para la imposición de la multa la entidad deberá tener en cuenta los siguientes factores:

1. En primer lugar, lo establecido en la cláusula decima quinta del Contrato de Concesión 08 de 1993 la cual dispone lo siguiente:

(...)

2. Por otra parte, el artículo 50 del CPACA como una de las manifestaciones del principio de proporcionalidad de la sanción obliga a las autoridades administrativas a ponderar el quantum de la penalidad a imponer, bajo los criterios allí dispuestos que reiteran lo indicado en el punto anterior:

(...)

Esto conlleva a que la administración debe dosificar la sanción a imponer en cada caso en concreto, en consideración de los parámetros previstos en estos artículos sobre la naturaleza de la infracción y las pruebas que la sustentan.

3. Atendiendo lo anterior, CORMAGDALENA para fijar la sanción debe tener en cuenta la siguiente fórmula: equilibrio entre los medios empleados y la finalidad perseguida – correspondencia entre la gravedad de la conducta, la incidencia en los bienes jurídicos tutelados y la consecuencia punitiva que se le atribuye-, correlación adecuada⁴⁹. Además, debe tener en cuenta el grado de culpabilidad del sujeto y, por ello, el juicio de proporcionalidad es necesariamente individual y el castigo impuesto debe guardar simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al que se imputa⁵⁰

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. C.P. Dr.: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Rad. No.: 25000-23-26-000-1998-00324-01(22043).

⁴⁸ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-209 de 17 de marzo de 2006. M.P.: Jaime Córdoba Triviño.

⁴⁹ Ibídem.

⁵⁰ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-118 de 1996.

(...)

6. En virtud de lo expuesto a lo largo de este escrito de alegatos de conclusión, puede afirmarse que CORMAGDALENA en caso de que decidiera no archivar la presente investigación y por el contrario imponer una sanción deberá tener en cuenta que la SPRB cumple con los criterios para graduar la sanción, en este sentido:

Criterio de graduación	Sustento jurídico y probatorio por parte de la SPRB
1 Impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y las instalaciones portuarias (Cláusula 15 del Contrato de Concesión 08 de 1993)	A pesar de los inconvenientes mi representada nunca dejó de prestar un servicio de forma segura y eficiente, contrario a lo afirmado por esta Corporación. En el literal B) de este capítulo se explica detallada y cuantificablemente como es que los hechos analizados en la presente investigación no afectaron la eficiencia del puerto. En este sentido, en el literal D) se sustentó que no existió afectación en las actividades de las instituciones que intervienen en el funcionamiento, seguimiento y operación de los equipos escáneres.
2 Es una reincidencia (Cláusula 15 del Contrato de Concesión 08 de 1993 y Art. 50 CPACA)	Para considerar que existe una reincidencia por parte de la SPRB debe considerarse que se exige que el acto administrativo anterior se encuentre en firme ²² . En este caso, no existe acto administrativo previo que declare el incumplimiento por parte de mi representada por los hechos objeto de esta investigación.
3 Daño o peligro generado a los intereses jurídicos tutelados (Cláusula 15 del Contrato de Concesión 08 de 1993 y Art. 50 CPACA)	Teniendo en cuenta los argumentos planteados en este escrito de alegatos de conclusión, así como a lo largo de la investigación, ni la eficiencia, ni la seguridad y menos la prestación del servicio público se han visto vulnerados, pues las personas vinculadas en el servicio no han manifestado que consideren que su vida, salud e integridad se ha visto afectado en el puerto de la SPRB por las fallas en el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva.
4 Beneficio económico obtenido por el infractor para sí o a favor de un tercero (Art. 50 CPACA)	Mi representada no se ha visto beneficiada económicamente o ha beneficiado a terceros con la presunta infracción de las normas objeto de la investigación. Por el contrario, ha invertido más allá de lo exigido por la legislación portuaria para garantizar la seguridad del puerto de Barranquilla.

²² Manual de procedimiento administrativo sancionatorio. Juan Manuel Laverde Álvarez. Editorial Legis. 2018

5 Resistencia, negativa u obstrucción a la acción investigadora o de supervisión (Art. 50 CPACA)	La SPRB siempre ha estado dispuesta a colaborar, cooperar y trabajar mancomunadamente con las autoridades involucradas con la inspección no intrusiva. Por otra parte, en esta investigación ha estado atenta a atender todas las diligencias, requerimientos y/o compromisos adquiridos con la entidad sancionadora.
6 Utilización de medios fraudulentos o utilización de persona interpuesta para ocultar la infracción u ocultar sus efectos (Art. 50 CPACA)	Contrario a lo que indica este inciso, la SPRB siempre ha estado dispuesto a solucionar las situaciones imprevistas que se han presentado con los escáneres objeto de la investigación, además, ha informado oportunamente a las autoridades de dichas situaciones anormales de conformidad con lo que indica el artículo 6º de la Resolución 084 de 2015.
7 Grado de prudencia y diligencia con que se hayan atendido los deberes o se hayan aplicado las normas legales pertinentes (Art. 50 CPACA)	La SPRB actuó con diligencia y acudió a todos los instrumentos necesarios para la reparación del escáner de pallets y mejora del escáner de contenedores. Además, implementó en debida forma los planes de contingencia establecidos para los momentos en que falló el escáner de contenedores y escáner de pallets. Para sustentar esta idea, CORMAGDALENA debe tener en cuenta los argumentos planteados en el literal A) de este capítulo.

Bajo estos supuestos, si el fondo de esta investigación, es proteger los fines especiales de un servicio público y el mantenimiento continuo del servicio portuario, debe advertirse a la Corporación que la SPRB no solo tiene en funcionamiento el escáner de pallets y de contenedores como se señaló en párrafos precedentes, sino que NUNCA ha existido una suspensión de la operación portuaria ni intención de incumplir con las obligaciones contractuales; por el contrario, la SPRB en aras de garantizar el servicio acudió a la implementación de los planes de contingencia previstos en la ley, tomó medidas legales, dispuso de recursos físicos y humanos para superar las contingencias que se presentaron, demostrando con todo esto el interés de mantener con el cumplimiento no solo de las obligaciones portuarias, sino de aquéllas previstas en la ley y lo que llevan a que hoy el escáner de contenedores y el escáner de pallets funcionen de forma óptima(...)"

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) La Ley 1150 de 2007 en su artículo 17 señala:
 "...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.

PARÁGRAFO. 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.

PARÁGRAFO TRANSITORIO. Las facultades previstas en este artículo se entienden atribuidas respecto de las cláusulas de multas o cláusula penal pecuniaria pactadas en los contratos celebrados con anterioridad a la expedición de esta ley y en los que por autonomía de la voluntad de las partes se hubiese previsto la competencia de las entidades estatales para imponerlas y hacerlas efectivas.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)

- b) De lo resaltado se colige entonces, que las Entidades Públicas pueden imponer multas en el caso que no se cumplan las obligaciones contractuales, asimismo las multas que se hayan pactado contractualmente que para el caso que nos ocupa están descritas en la Cláusula Décima Quinta del contrato de concesión portuaria 008 de 1993.
- c) Así mismo, el artículo 15 de la Ley 80 de 1993, establece lo siguiente:
“ARTÍCULO 15. DE LA INTERPRETACIÓN UNILATERAL. Si durante la ejecución del contrato surgen discrepancias entre las partes sobre la interpretación de algunas de sus estipulaciones que puedan conducir a la paralización o a la afectación grave del servicio público que se pretende satisfacer con el objeto contratado, la entidad estatal, si no se logra acuerdo, interpretará en acto administrativo debidamente motivado, las estipulaciones o cláusulas objeto de la diferencia.” (Negrilla y subrayas fuera de texto)
- d) Por tanto, la consagración misma de lo que la doctrina y jurisprudencia ha llamado las cláusulas exorbitantes en la contratación estatal, dentro de las cuales se entiende incorporada la interpretación unilateral, responden a la naturaleza misma que se predica de un contrato celebrado con el Estado. Estos comprenden un componente teleológico, donde se pretende cumplir los fines esenciales del aparato estatal, con lo cual el equilibrio contractual que se predica en dichos acuerdos de voluntades es disímil a aquel que se encuentra en los contratos de carácter privados.
- e) Así mismo, es de traer a colación lo relativo al principio de proporcionalidad, sobre el cual se señala que: “...en relación con la dosificación, atenuantes y agravantes en los procedimientos sancionatorios contractuales, también resulta procedente la aplicación de los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 de 2011, norma que contiene «criterios de graduación de las sanciones». Sin embargo, **se debe precisar que solo se puede acudir a los criterios allí establecidos cuando resultaren aplicables**», lo cual, a nuestro juicio, significa que primero se debe acudir a los criterios establecidos en las disposiciones civiles y comerciales, por disposición de los artículos 13, 32 y 40 de la Ley 80 de 1993. Por ejemplo, el artículo 1596 del Código Civil reconoce la posibilidad de rebajar la pena cuando «el deudor cumple solamente una parte de la obligación principal y el acreedor acepta esta parte». Igualmente, el artículo 1601 ibidem establece un criterio de proporcionalidad de la cláusula penal. En ambos casos, se resalta, se trata de normas a las que se puede acudir de forma «subsidiaria» ante el silencio de las partes del contrato, previo a la aplicación del antes mencionado artículo 50. **La regla**

general, entonces, es que las partes estipulen lo relacionado con la tipificación de la multa y la cláusula penal pecuniaria, **incluido lo referente a la dosificación, atenuantes y agravantes, claro está, sin exceder los límites legales y sin incurrir en abuso del derecho. Ante el silencio de estas, lo procedente sería, pues, acudir a las normas del derecho privado y, eventualmente, a los criterios establecidos en el artículo 50 de la Ley 1437 del año 2011...**⁵¹ (Negrillas con Subrayas fuera de texto)

- f) Para el caso concreto, se tiene que la voluntad interna de las partes en el contrato No. 008 de 1993, en lo que respecta es el cumplimiento de las obligaciones contractuales, y en el caso que las mismas no se cumplan, la Entidad podrá imponer una multa por el incumpliendo de las Cláusula Contractuales, en virtud de la cláusula Décima Quinta. Por tanto, se esgrime evidente que la intención de las partes es imponer una multa por el incumplimiento de las obligaciones contractuales.
- g) **Se debe tener de presente los principios de razonabilidad y proporcionalidad.** En el cual el principio de razonabilidad exige que las actuaciones de la administración estén fundamentadas en fines legítimos que, no solo exigen un nexo causal entre la acción y lo perseguido con ella, sino que la misma se ajuste a derecho en tanto corresponda con el ejercicio legítimo del Estado. **Así, las actuaciones del Estado son razonables a la luz de su finalidad. Como complemento y desarrollo de la razonabilidad, se encuentra el principio de proporcionalidad. Este exige que, dentro del ámbito de la ejecución de las funciones del Estado, y en este caso de las funciones administrativas, cualquier despliegue conductual de la administración que implique la limitación de derechos y la aplicación de poderes subordinantes en cabeza del Estado, requiere de la aplicación de un criterio de proporcionalidad en el juicio que se haga sobre los intereses del Estado y los derechos de la población.**
- h) En palabras de la Corte Constitucional: “**Según el principio de proporcionalidad, una restricción de los derechos fundamentales podrá considerarse constitucionalmente aceptable siempre y cuando no vulnere una garantía constitucional específica (como por ejemplo la prohibición de la pena de muerte o el derecho a una defensa técnica en materia penal) y supere el test o juicio de proporcionalidad. Este juicio quedará superado cuando: 1) tal restricción persiga un fin constitucionalmente legítimo; 2) constituya un medio idóneo para alcanzarlo; 3) sea necesaria, al no existir otro medio menos lesivo y que presente una eficacia similar para alcanzar el fin propuesto; 4) exista proporcionalidad entre los costos y los beneficios constitucionales que se obtienen con la medida enjuiciada.**⁵²
- i) En conclusión, el *jus puniendi* de la administración, en lo que respecta a la contratación estatal, no están exentos de la necesidad de realizar un test de ponderación para determinar la proporcionalidad de la medida que se pretende utilizar en desarrollo de un contrato estatal.

Por todo lo antes indicado la multa se tasará como se indicará en el numeral 5.7, de la presente resolución.

5.5. Argumentos de la Compañía Garante:

Por su parte la compañía garante, en las oportunidad procesales pertinentes ha esgrimido los siguientes argumentos en el presente procedimiento administrativo sancionatorio:

⁵¹ COLOMBIA COMPRA. Concepto C – 219 de 2020. Rad. No. 2202013000003258 del 29/04/2020.

⁵² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-720 de 2007. M.P. Dra. Catalina Botero Marino. 11 de septiembre de 2007.

- i. Como primer argumento señala que: "...2º.- La fuente de las obligaciones que se acusan *incumplidas*, como se puede apreciar son de origen legal y no contractual, pues, la misma no hace parte del objeto ni del alcance del objeto a la luz del Contrato de Concesión No. 008 de 1993, ni del plan de inversiones, sino que fueron impuestas por la ley, con posterioridad al perfeccionamiento del contrato. Esta circunstancia engendra una primera dificultad, y es la relativa a la definición del procedimiento a seguir, pues, el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, que se invoca como fundamento de derecho de la actuación administrativa, prevé:

(...).

El artículo 3º del CPACA, numeral 1º, prevé:

(...)

En esa medida, no teniendo fuente contractual, no se puede ejercer la potestad que se deriva del artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, diseñado para incumplimientos contractuales, por lo que, en gracia de discusión, a lo sumo, debe acudirse a las previsiones del artículo 47 del CPACA, que prevé:

(...)

Obsérvese, que incluso, las multas que se pretenden imponer, tienen su fuente en la Ley 1º de 1991, que en su artículo 41, dispuso:

(...)

Y a renglón seguido el artículo 42 de la misma ley, prevé:

(...)

Siendo ello así, se advierte una violación al debido proceso por las formas propias de cada juicio. Pero más allá, se desconoce igualmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones y el non bis in ídem.

(...)

*Respecto a las cláusulas contractuales que se acusan *incumplidas*, (...) está es una cláusula de remisión, que impone concretar la imputación frente a la norma o disposición específica que de noticia de los aspectos técnicos de operación que se acusan *incumplidos*, en consecuencia, no se realiza el principio de legalidad, en su vertiente de tipicidad. Es de anotar que la exigencia material absoluta de predeterminación normativa afecta no sólo a la tipificación de las infracciones, sino también a la definición y, en su caso, graduación o escala de las sanciones imponibles y, como es lógico, a la correlación necesaria entre actos o conductas ilícitas tipificadas y las consecuencias consiguientes a las mismas, de manera que el conjunto de las normas punitivas aplicables permitan predecir, con suficiente grado de certeza, el tipo y el grado de sanción determinado del que puede hacerse merecedor quien cometa una o más infracciones concretas.*

Sumado a lo anterior, tenemos que el Ministerio de Industria y Comercio, con base en los mismos hechos requirió adicionalmente a la Superintendencia de Transporte, a la ANI, y a la DIMAR, quienes, a su vez, podrán iniciar actuaciones administrativas, quebrantándose el principio de proporcionalidad, y el non bis in ídem.

(...)

Sin perjuicio de lo anterior, estamos frente a un claro ejemplo de responsabilidad objetiva, que en nuestro medio se encuentra proscrita (...)

A partir de lo anterior, la doctrina especializada⁵³, ha precisado que «todas las entidades estatales para imponer sanciones administrativas –entre ellas las multas– que se acredice el incumplimiento de una obligación contractual, pero adicionalmente, que se pruebe fehacientemente que el contratista cometió esa falta “(...) con dolo o culpa, esto es, con conocimiento y voluntad positiva en la obtención de los resultados de su comportamiento, o con simple conocimiento del mismo, pero en inobservancia de un ‘deber de cuidado o diligencia’³». Adicionalmente señala: «Por lo tanto, **no basta sólo con demostrar el incumplimiento atribuible al contratista con las pruebas respectivas, sino que debe existir una necesaria consideración y valoración del elemento subjetivo de culpabilidad**, pues obrar en sentido contrario, comportaría una grave afectación constitucional violatoria al derecho fundamental al debido proceso administrativo, susceptible de protección por la vía de la acción de tutela»...”

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica que se reitera lo ya señalado en los subliteral d), al h) del subnumeral i., y del subliteral c) al e) del subnumeral ii., todos ellos del numeral 5.4., de la presente resolución, y se señala adicionalmente lo siguiente:

- a) Así las cosas, en virtud del principio de la buena fe, las partes se obligan a cumplir con las estipulaciones del contrato e incluso, a aquellas sobre las cuales la ley disponga. En efecto, en virtud de lo anterior, la conclusión necesaria es que el contrato de concesión Portuaria No. 008-1993, suscrito con el Concesionario, se integra con otros elementos que emanen de la naturaleza del mismo y del principio de la buena fe, lo que genera obligaciones para las partes que no se pueden desconocer, con base en el argumento de que tales obligaciones no se pactaron en literalidad del contrato.
- b) Conforme a lo anterior, cualquier interpretación que excluya de poder coercitivo aquellas obligaciones que tienen en su origen en la ley, no solo desconoce la intención original de los contratantes, también desconoce el carácter supletorio o complementario de la ley frente a los deberes que surgen de la ejecución del contrato. Lo anterior, es evidente no va en contra del principio del debido proceso que debe regir para cualquier actuación administrativa.
- c) Por tanto, el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva corresponde a una verdadera obligación a cargo del Concesionario, y que esta corresponde a las denominadas “*obligaciones de resultado*” en donde el deudor se compromete al cumplimiento de un objetivo determinado y específico, sin que para excusarse de su ejecución pueda alegar el despliegue de conductas diligentes y cuidadosas –como sucedería si la obligación fuera de medio–⁵⁴.
- d) Como primera conclusión, CORMAGDALENA si está facultada para haber abierto un proceso administrativo sancionatorio contractual contra el Contratista (SPRB), toda vez que la cláusula que invocó como fundamento para ello en el Oficio CE-OAJ-2021003001141 que abrió los cargos al presente procedimiento administrativo

⁵³ RODRÍGUEZ TAMAYO, Mauricio Fernando. LOS CONTRATOS ESTATALES EN COLOMBIA. Ed. Sanchez R. Ltda., 2^a Edición. Pág.382

⁵⁴ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicación número: 10530. M.P.: Dr. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá D.C. 24 de junio de 1998.

sancionatorio, devino con posterioridad a su pacto, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, en cominatoria, tal y como lo contempla el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, y ha garantizado y defendido esta Oficina Asesora Jurídica en todo momento el debido proceso en la actuación administrativa, tal y como se puede evidenciar en la revisión de todo el procedimiento administrativo sancionatorio, llevado a cabo por esta Oficina Asesora Jurídica.

- e) Así mismo la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 1 de febrero de 2018, sobre la naturaleza y alcance de la multa, ha señalado: "*la multa como herramienta cominatoria emana entonces cuando su propósito se centra en apremiar o constreñir al deudor de la prestación pactada y así se deja sentado expresamente en el texto obligacional; en defecto, el silencio sobre su rol hará prevalecer el carácter resarcitorio de la pena*"⁵⁵
- f) Como segunda conclusión, el presente procedimiento administrativo sancionatorio, tanto en aras de lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, así como en la regulación del procedimiento sancionatorio que adelanta CORMAGDALENA, con base en los contratos de concesión portuaria fluvial que celebra, o que le fueron cedidos, en atención a las atribuciones que le fueron señaladas al tenor del artículo 1 de la Ley 161 de 1994, el cual desarrolla el artículo 331 de la Constitución Política, y se reglamenta por lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se desarrolló con pleno respeto a las garantías del debido proceso y derecho a la defensa para los convocados.
- g) De otra parte, y en relación con la supuesta endilgación de una responsabilidad objetiva al Concesionario, se reiteran los argumentos ya señalados por parte de esta Oficina Asesora Jurídica, en el subnumeral ii) del numeral 5.4. de la presente resolución.
- h) Si bien es cierto que en el material probatorio obrante en el expediente se observó por parte del Concesionario, una continuación en la prestación de los servicios de distribución de carga de importación y exportación, ello no significó, que no se dificultara para las autoridades correspondientes (DIRAN), con los daños y fallas frecuentes de los escáneres de pallets y de carga, el debido ejercicio de su función, en efecto, la DIRAN señaló que "...Sin embargo, la inoperabilidad del escáner genera un impacto negativo para el normal desarrollo de las labores efectuadas por la Dirección de Antinarcóticos, y para la facilitación del comercio exterior en zona primaria aduanera, afectando de forma directa la validación y verificación tecnológica que permite potenciar las actuaciones antinarcóticos, dado que este elemento permite consecutivamente apoyar la actividad humana, por sus características técnicas y tecnológicas para la identificación de objetos anómalos a la carga, los cuales por medios cognitivos de un funcionario de policía no se logran determinar...."⁵⁶ (Negrillas y subrayas fuera de texto)

⁵⁵ Ver Auto del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, 16 de agosto de 2012, exp. 39.702, C.P. Hernán Andrade Rincón.

⁵⁶ Op. Cit. Prueba documental de oficio a la DIRAN (reiteración bajo radicado No. 2022-300-1460 del 17 de mayo de 2022). con asunto "respuesta comunicado Rad.2022-300-1460-17/05/2022", en dos (2) folios.

- i) Como tercera conclusión podemos señalar que, en el presente procedimiento administrativo sancionatorio, como tal, no puede hablarse de responsabilidad objetiva, como se pretende señalar por parte del apoderado del Garante, pues, no se dan los elementos del mismo, tal y como ya fue explicado en el literal p) anterior. Adicional a lo anterior, es evidente que existen unas conductas realizadas u omitidas por el Concesionario (objeto del presente procedimiento), reprochables inicialmente a título de negligencia, (por lo cual, no puede hablarse de diligencia), las cuales afectaron bienes jurídicos, con lo cual, no se puede hablar por parte del apoderado del Garante de una responsabilidad objetiva, sino todo lo contrario de responsabilidad subjetiva.
- j) Finalmente, y a pesar de las actuaciones realizadas por el Concesionario, a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio, al momento de presentarse los alegatos finales por parte de los convocados, al menos uno de los escáneres presenta problemas, tal y como se señala en la prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022⁵⁷, remitida por la Subdirección de Gestión Comercial.

Así las cosas, se desestima el argumento presentado, teniendo en cuenta lo señalado anteriormente.

- ii. Como segundo argumento señala que: “...Encontramos adicionalmente que se desconoce el principio de proporcionalidad, entendido como principio de estricta justicia; valor superior del ordenamiento jurídico que no se puede evadir por parte del operador jurídico, pues está vinculado al mismo, en virtud de la Constitución y la ley.

Partiendo del pliego de cargos, donde se señala que “... el Decreto 2155 de 2014 definió los estándares unificados de tecnología de los equipos de inspección no intrusiva que deben operar en los nodos de transferencia de comercio exterior, y que deben ser instalados por los concesionarios portuarios”, obligación esta que fue cumplida a cabalidad por el Concesionario, sin que sea parte del objeto, ni del alcance del objeto, ni del plan de inversiones al que se comprometió el contratista al suscribir el contrato; agravado, con el hecho de que el artículo 140 del Decreto 2106 de 2019, dispone que “... sin que esta operación genere cobro alguno, directo o indirecto, ni costo adicional por servicios inherentes al uso de esta tecnología o a las operaciones regulares de logística”, tenemos que se trata de una obligación impuesta por la Ley, que no tiene contraprestación alguna, - lo que conlleva la obligación de una inversión que no es remunerada ni en dinero, ni en plazo, ni vía tarifa -, lo que de por sí, ya rompe la proporcionalidad que debe agotar el legislador y que además, su operación está a cargo de terceros (DIAN y POLICIA NACIONAL), (...), se pretende obtener provecho, ante la potencialidad de declaratoria de incumplimiento y consecuente aplicación de una sanción en cuantía de SIETE MIL OCHOCIENTOS CATORCE MILLONES NOVECIENTOS DOS MIL CUATROCIENTOS DIECISIETE PESOS CON NOVENTA CENTAVOS (COP\$7.814'902.417,90), - como si la carga de gratuidad inicial no hubiese sido suficiente – desconociéndose así el principio de proporcionalidad o «prohibición del exceso», en este caso, proporcionalidad que debe garantizar

⁵⁷ Op. Cit. Prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022. Hoja Año 2022.

la Administración, pues no es de recibo imponer una carga adicional por un bien o servicio que no ha contratado ni pagado..."

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica que se reitera lo señalado en los subliterales a), b) y j) del subnumeral i), subliterales c) al e) del subnumeral ii), y subliterales b) al l) del subnumeral vii), todos ellos del numeral 5.4 de la presente resolución. Así mismo se señala adicionalmente lo siguiente:

- a) Así las cosas, en virtud del principio de la buena fe, es de recordar nuevamente que las partes se obligan a cumplir con las estipulaciones del contrato e incluso, a aquellas sobre las cuales la ley disponga. En efecto, en virtud de lo anterior, la conclusión necesaria es que el contrato de concesión Portuaria No. 008-1993, suscrito con el Concesionario, se integra con otros elementos que emanen de la naturaleza del mismo y del principio de la buena fe, lo que genera obligaciones para las partes que no se pueden desconocer, con base en el argumento de que tales obligaciones no se pactaron en literalidad del contrato.
- b) Conforme a lo anterior, cualquier interpretación que excluya de poder coercitivo aquellas obligaciones que tienen en su origen en la ley, no solo desconoce la intención original de los contratantes, también desconoce el carácter supletorio o complementario de la ley frente a los deberes que surgen de la ejecución del contrato. Lo anterior, es evidente no va en contra del principio del debido proceso que debe regir para cualquier actuación administrativa.

Por todo lo antes indicado la multa se tasará como se indicará en el numeral 5.7, de la presente resolución.

iii. Como tercer argumento señala que: "...Bajo el anterior contexto, y como se desprende de las pruebas recaudadas en el marco del procedimiento sancionatorio, más allá de toda duda razonable los presuntos incumplimientos se encuentran superados, por lo que se impone dar aplicación a lo dispuesto en la norma citada que sirve de fundamento a la presente actuación.

Sobre la superación de los hechos, -más allá de las vicisitudes presentadas eventualmente en el funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva-, dan noticia especialmente los anexos de la Comunicación interna No. 2022-100-0974 del 12 de mayo de 2022 emitida por la Subdirección Comercial de CORMAGDALENA, con asunto "Traslado de oficio allegado vía correo electrónico el día 27 de marzo de 2022 - PAS Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. contrato No. 008 de 1993" y de Comunicación interna No. 2022-100-1497 del 10 de julio de 2022, con asunto "Traslado de oficio allegado vía correo electrónico el día 29 de junio - PAS Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. contrato No. 008 de 1993", corroboradas por el resto del acervo probatorio, -es decir, de una análisis individual y de conjunto de las pruebas decretadas y practicadas-, surge indubitablemente la superación de los hechos sobre los que se edificaba el presunto incumplimiento., circunstancia esta que conlleva a la aplicación de la cesación del procedimiento.

Aunado a lo anterior, si bien es cierto el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 atribuye potestad sancionatoria a las entidades sometidas al estatuto general de

contratación, (...) ergo, habiéndose superado los supuestos fácticos sobre los cuales se edificaba el presunto incumplimiento, carece actualmente de competencia la entidad -por el factor temporal y condicional: pues no se encuentra pendiente la prestación- para sancionar en el caso concreto..."

Sobre el particular es de señalar por parte de la Oficina Asesora Jurídica lo siguiente:

- a) Nada más alejado de la realidad, lo señalado por parte del Garante, en especial teniendo en cuenta las pruebas recaudadas a lo largo del presente procedimiento administrativo sancionatorio. En efecto, como se puede observar y concluir de las pruebas citadas en el numeral 5.3.1. del presente documento, en especial en su literal L, es evidente para esta jefe de la Oficina Asesora Jurídica, que la conducta consistente en la causal de presunto incumplimiento respecto a la obligación establecida en el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015, frente al Contrato de Concesión No. 008 de 1993, objeto de reproche en el presente procedimiento administrativo sancionatorio PERSISTE, por incumplimiento de esta obligación contractual y legal.
- b) De hecho la **prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022**, que mediante comunicación interna No. 2022-100-1497 del 1 de julio de 2022, remitida a la Oficina Asesora jurídica por parte de la Subdirección de Gestión Comercial, se remitió el oficio con asunto: "*Cuadro de seguimiento al funcionamiento de los equipos de inspección no intrusiva y requisitos mínimos generales del Decreto 2155 de 2014 y lineamientos del Art. 140 Decreto 2106 de 2019*", por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva, en donde en dicha prueba documental se señaló respecto del escáner de pallets lo siguiente: "...junio 17 de 2022: prendido pero con problema de imagen. Equipo permanece con una sola visual lateral. El proveedor aún no hace entrega de la pieza para reparar visual superior. Policía Antinarcóticos no utiliza el equipo en este estado."⁵⁸ (Negrillas y subrayas fuera de texto)
- c) Por tanto, es absolutamente diáfana la imposibilidad que recae sobre esta Oficina Asesora Jurídica de poder dar aplicación al aparte relativo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, en atención a la solicitud del apoderado del garante relativo a la terminación del presente procedimiento administrativo sancionatorio, por encontrarse superados los hechos de la investigación, ya que los mismos aún no han sido superados. Así mismo es claro y evidente que si se han generado afectaciones en la continuidad en la prestación de los servicios de los agentes que participan en la gestión de los procesos logísticos esenciales asociados en la distribución de carga de importación y exportación (DIRAN).

Por tanto, teniendo en cuenta todas las razones expuestas, se desestima el argumento.

Finalmente, por todas las razones desarrolladas con anterioridad, ninguno de los argumentos expuestos tanto por el Concesionario, como por la compañía Garante, tienen vocación de prosperar.

5.6. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas anteriormente, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que:

⁵⁸ Prueba documental con radicado Cormagdalena No. 20221001497 del 1 de julio de 2022. Hoja Año 2022.

- a) Con base en lo señalado en el material probatorio citado en el numeral 5.3.1, literales A) a L) del Cuadro No. 1 ordenadas por este Despacho, en el presente asunto no procede la declaratoria de incumplimiento parcial del contrato, e imposición de multa del Contrato de Concesión No. 008 de 1993 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. – SPRB, en relación con el presunto incumplimiento por: **i) tener actualmente fuera de servicio los siguientes equipos a que hace alusión el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015: Un (1) Escáner de Portal Contenedores fuera de servicio desde el 30 de mayo de 2020**, cumpliendo así las obligaciones contenidas en los numerales 12.28 y 12.31 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, en los términos de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001139 y CE-OAJ-202103001141, ambos de abril de 2021, y enviados respectivamente al Concesionario y a la compañía Garante, toda vez que se superó por parte del Concesionario la conducta reprochada, situación debidamente verificada por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva.
- b) En el presente asunto, **existe o procede la declaratoria del incumplimiento parcial** del Contrato de Concesión No. 008 de 1993 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. – SPRB, y en consecuencia, se debe imponer la respectiva multa en relación con los presuntos incumplimientos por: **i) tener actualmente fuera de servicio los siguientes equipos a que hace alusión el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015: Un (1) Escáner de pallets fuera de servicio desde agosto de 2019**, incumpliendo así las obligaciones contenidas en los numerales 12.28 y 12.31 de la Cláusula Décima Segunda del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, en los términos de los oficios de citación No. CE-OAJ-202103001139 y CE-OAJ-202103001141, ambos de abril de 2021, y enviados respectivamente al Concesionario y a la compañía Garante, toda vez que se no se superó por parte del Concesionario la conducta reprochada (Prendido pero con problemas de imagen. Equipo permanece con una sola visual lateral. El proveedor aun no hace entrega de la pieza para reparar visual superior, Policía Antinarcóticos, no utiliza el equipo en este estado), situación está debidamente verificada por el Doctor Luis Fernando Fuentes Ibarra, Presidente de la Comisión Intersectorial para la Implementación y Seguimiento de los Sistemas de Inspección No Intrusiva.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que impera en el presente procedimiento, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervenientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica, así como lo previsto en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 008 de 1993 suscrito con la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. – SPRB, y en consecuencia se afecta la póliza de seguro constituida con la Compañía Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

5.7. TASACIÓN DE LA MULTA.

1. Como consecuencia del incumplimiento del Contrato de Concesión No. 008 de 1993, se impone la multa a la Sociedad Portuaria Regional de Barranquilla S.A. – SPRB, correspondiente a la suma de **CUATRO MIL CINCUENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (COP \$4.057'458.624)** que resulta de los siguientes aspectos:

- i. El valor de la multa impuesta, tiene su origen en la estipulación pactada en la cláusula décima quinta del contrato de concesión antes mencionado, la cual señala que:

"CLASULA DECIMA QUINTA: MULTAS POR MORA O INCUMPLIMIENTO. - Cuando se haya producido mora o incumplimiento parcial de obligaciones legales y contractuales por parte de EL CONCESIONARIO, LA SUPERINTENDENCIA le impondrá multas sucesivas. Cada multa podrá ser hasta por un valor de 35 días de ingresos brutos de EL CONCESIONARIO, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo los perjuicios causados, el impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y de las instalaciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de EL CONCESIONARIO. Sí este, no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones previstas por el artículo 41 de la Ley 1a de 1991 y el Decreto reglamentario 1002 del 31 de mayo de 1993. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con los artículo 42 de la citada Ley."

(Subraya y Negrillas con Subraya fuera de texto)

- ii. De acuerdo con lo anterior, el valor de 35 días de ingresos brutos de EL CONCESIONARIO, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa, ascienden a la suma de COP\$24.344'751.741, a saber:

INGRESOS BRUTOS DEL CONCESIONARIO		
SEPTIEMBRE 2022 USD		USD 4.702.608
SEPTIEMBRE 2022 COP	\$	20.866.930.064
INGRESO PROMEDIO DIARIO USD		USD 156.754
MULTA 35 DIAS USD		USD 5.486.376
INGRESO PROMEDIO DIARIO COP	\$	695.564.335
MULTA 35 DIAS COP	\$	24.344.751.741

- iii. Con base en la cláusula transcrita se identifican tres criterios de graduación de la multa:

- Los perjuicios causados.
- El impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y de las instalaciones portuarias.
- Al hecho de si se trata o no de una reincidencia por parte de EL CONCESIONARIO.

- iv. Por tanto, se tomó el valor bruto de los ingresos por 35 días del Concesionario, dividiendo los mismos en los tres tercios, correspondientes a los criterios mencionados anteriormente. Posteriormente se toma uno de los tercios (El impacto de la infracción sobre la buena marcha del puerto y de las instalaciones portuarias), el cual se divide en las dos conductas objeto del presente

procedimiento administrativo sancionatorio, teniendo en cuenta que una está incumplida, arrojando como resultado:

Valor bruto de los ingresos por 35 días = COP\$24.344'751.741

COP\$24.344'751.741/3 = **COP\$8.114'917.247**

COP\$8.114'917.247/2 = **\$4.057'458.624**

TOTAL DE LA SANCIÓN= \$4.057'458.624

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONMINAR al Concesionario **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., NIT. 800.186.891 – 6**, al cumplimiento de la obligación de tener en servicio y correcto funcionamiento el siguiente equipo a que hace alusión el Decreto 2155 de 2014 y la Resolución No. 084 de 2015: Un (1) Escáner de pallets, conforme a la parte motiva de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 008 de 1993 por parte de la **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., NIT. 800.186.891 – 6** de conformidad con las razones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., NIT. 800.186.891 – 6**, a título de multa, con base en lo señalado en la cláusula 15 del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993, la suma de **CUATRO MIL CINCUENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS VEINTICUATRO PESOS (COP \$4.057'458.624)**, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR ocurrido el siniestro de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 008 de 1993 y, como consecuencia, **AFFECTAR** el amparo de cumplimiento de la póliza No. 2259189 – 3 expedida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., identificada con el NIT 890.903.407-9.**

ARTÍCULO QUINTO: CÓRRASE TRASLADO a la Superintendencia de Transporte para lo de su competencia.

ARTÍCULO SEXTO: 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 REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., NIT. 800.186.891 – 6** y al representante legal y/o

apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

ARTÍCULO SÉPTIMO: La **SOCIEDAD PORTUARIA REGIONAL DE BARRANQUILLA S.A., NIT. 800.186.891 – 6**, 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 exigirá su pago a la compañía Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

ARTÍCULO OCTAVO: La parte resolutiva 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.

ARTICULO NOVENO: **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 expedida por Cormagdalena.

ARTÍCULO DÉCIMO: 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 D.C., a los cinco (5) días del mes de diciembre de 2022.



GUSTAVO ALFREDO NUÑEZ VIVERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero – Abogada OAJ. 
Proyectó: Cristhian Urrego – Abogado OAJ. 
Aprobó: Gustavo Núñez – Jefe OAJ