

Resolución No. 000382

“Por la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 000260 del 09 de septiembre de 2022”

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

En ejercicio de sus facultades legales y estatutarias, en especial las conferidas en la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007, Ley 1474 de 2011, Ley 1437 de 2011, Decreto 1082 de 2015, Resolución 217 de 2007, Resolución 00334 del 2019, y

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

Que el numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a *“(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto*

contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato".

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

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

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

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

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

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 *"Por la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos"*, dispone en relación con el debido proceso:

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

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

Adicionalmente, el Consejo de Estado ha señalado que antes los vacíos o lagunas del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se debe acudir a la parte primera de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), así:

“(...) debe sumarse la regulación hecha en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, la cual establece un procedimiento administrativo especial para la imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento, de forma tal que en la actualidad existe un cause procedimental para la declaratoria de caducidad. Aun así, no se debe dejar de lado que el nuevo código de procedimiento administrativo, a diferencia de lo que ocurría con el decreto 01 de 1984, establece un procedimiento administrativo sancionatorio, que si bien es cierto constituye una actuación administrativa especial tiene un carácter general para aquellas autoridades que tienen encomendadas la competencia de imponer sanciones ante la ocurrencia de infracciones administrativas. Lo anterior significa que, ante los vacíos o lagunas que se presenten en las actuaciones contractuales de carácter sancionatorio (en este caso la declaratoria de caducidad) la autoridad administrativa debe llenarlos, en primer lugar, con las disposiciones de la ley 1437 de 2011 que regulan lo referente al procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 47 a 52) y, sólo en aquellos eventos en los que las lagunas sigan presentándose, acudir al procedimiento administrativo general consagrado en el mismo cuerpo normativo.(...)”¹

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

Que mediante la Resolución No. 00334 del 2019, se delegan funciones en el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica para iniciar los procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, y surtir todo el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

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

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia de 22 de octubre de 2012, radicación número: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).

- 2.6. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto del mismo: *“la entrega a la Sociedad Concesionaria del usos y explotación de zonas de uso público pertenecientes a la Nación y los bienes fiscales de propiedad de Cormagdalena por el tiempo de ejecución estipulado y para que sean destinados al servicio establecido en la solicitud a cambio de la Contraprestación establecida en la Cláusula Octava de este Contrato”.*
- 2.7. INGEPROYECT LTDA. en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008, radicó el informe de incumplimiento bajo el número oficio CII-214-RL de fecha 29 de enero de 2021, remitida por el supervisor del contrato bajo la Comunicación Interna No. 202101000238 del 12 de febrero de 2021; el alcance de la Interventoría INGEPROYECT haciendo referencia al ajuste de la tasación de la multa No. CII-260-RL del 03 de marzo de 2021; y el ajuste del informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría INGEPROYECT, remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000830 del 29 de abril de 2021 por los siguientes presuntos incumplimientos:
- i) la Cláusula Octava y el numeral 14.1 de la Cláusula Décima Cuarta, así: PARCIAL, por el no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12;
 - ii) TOTAL, respecto del pago de la Contraprestación de la anualidad No 13.
- 2.8. Que mediante Resolución No. 000260 del 09 de septiembre de 2022, Cormagdalena declaró el incumplimiento parcial del contrato de Concesión No. 01 de 2008, suscrito con la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A., e impuso multa por suma equivalente a DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (COP\$12.308.658).

III. RECURSO DE REPOSICIÓN

3.1. SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA

El contratista solicitó la revocatoria de la Resolución No. 000260 del 09 de septiembre de 2022, afirmando:

“Respecto del cobro de las anualidades por concepto de contraprestación.

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

Respecto a esta afirmación, manifestamos que a la fecha no hemos realizado el pago de la cuenta de cobro No. 102 de 2019 mediante la cual se cobró la diferencia entre el valor cobrado por Cormagdalena por la Contraprestación por

Infraestructura de las anualidades 7, 8, 9, 10 y 11, y el valor de dichas anualidades ajustado al IPC tal como dispuso la Resolución No. 451 del 10 de diciembre de 2013 más los intereses de mora liquidados desde 9 de octubre de 2014 hasta el 8 de octubre de 2019, fecha en que se expidió. Pues reiteramos nuestra posición de pagar solo los aumentos que se dejaron de cobrar en cada anualidad, pero sin intereses de mora.

De acuerdo al paz y salvo emitido por CORMAGDALENA el día siete (07) de septiembre de 2018, se deja constancia que la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA SA, se encuentra al día de su expedición, es decir, hasta la anualidad 10, razón por la que desconocemos el cobro de intereses con retroactividad

Cormagdalena expidió la Cuenta de cobro No. 108 de octubre de 2019, por la cual cobró la anualidad No. 12, con fecha límite de pago 08 de octubre de 2019,

*Dicha cuenta fue cancelada por el Concesionario el **día 30 de julio de 2020**, generando de esta manera unos intereses de mora por valor de COP\$39.075.750, correspondiente a los 295 días de mora, contados a partir desde la fecha en que debió cancelarse la obligación, hasta el día en que efectivamente se realizó el pago de la misma.*

Cuenta de Cobro No. 108 de 2019 correspondiente al pago de la anualidad 12 (2019-2020) por concepto de Zona de Uso Público e Infraestructura de

acuerdo con la Resolución No. 451 del 10 de diciembre de 2013, la cual debió cancelarse el día 8 de octubre de 2019, así:

- Por ZUP: COP\$146.863.041:
- Por Infraestructura: COP\$195.601.591,
- Para un Valor Total de COP\$342.464.632

Teniendo en cuenta que el Concesionario cancelo intereses de la anualidad 12 hasta el 29 de julio de 2020, de conformidad con el ajuste al informe de incumplimiento elaborado por la Interventoría INGEPROYECT y remitido por la Supervisión del contrato a través de la Comunicación Interna No. 202101000830 del 29 de abril de 2021, presenta el estado de cartera a 31 de diciembre de 2020 por el saldo de la anualidad 12 y la anualidad 13.

De acuerdo con la liquidación de intereses efectuada por esta Interventoría el saldo pendiente de pago por contraprestación correspondiente a la anualidad 12 y 13 a diciembre de 2020 es por \$635.281.314 y de acuerdo con el oficio No. 202101000170 del 26 de enero de 2021 con corte también a diciembre de 2020 refleja un saldo pendiente de \$635.243.459, a pesar de encontrarse una diferencia de \$37.855 entre los cálculos propios y el estado de cuenta de Cormagdalena, esta diferencia no es representativa

manifestamos que a la fecha si realizamos el pago de la cuenta de cobro No. 88 de 2020 el pago realizado el 3 de mayo de 2021 por valor de CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESOS MCTE (\$410'000.000) que corresponde a la anualidad 13.

manifestamos que a la fecha si realizamos el pago de la cuenta de cobro No. 202100121 de 2021 el pago realizado el 22 de octubre de 2021 por valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONE OCHOCEINTO SETENTA Y SIETE MIL CIENTO SESENTA Y SIETE PESOS MCTE (\$355.877.167) que

corresponde a la anualidad 14.

- El día 7 de septiembre de 2018, Cormagdalena expidió a favor de la S.P. de Barrancabermeja, oficio por el cual Certificó que el Concesionario “se encuentra al día con el pago de la obligación de la 10ª anualidad de 15 del Contrato de Concesión Portuaria 01 de 2008, por concepto de Contraprestación por el uso y goce de la Zona de uso Público e Infraestructura” ...

... “En el caso objeto de estudio, la obligación de pagar la contraprestación proviene de la Ley, el Contrato y la Resolución No. 451 de 2013 expedida por Cormagdalena, y que nace de las cuentas de cobro que esta última expide anualmente.

Por lo anterior, consideramos que Cormagdalena no podría argumentar la existencia de alguna especie de mora por la obligación de pagar de manera íntegra y oportuna la contraprestación previamente contenida en un acto administrativo, con fundamento en el principio de la Buena Fe contractual, y apoyado con el argumento de que la cuenta de cobro no incorporó el valor completo de las anualidades 7, 8, 9, 10, y 11.

De acuerdo a lo anterior, la sociedad Portuaria de Barrancabermeja no desconoce los aumentos del IPC que se dejaron de cobrar en las anualidades 7, 8, 9, 10, y 11, pero no está de acuerdo con el cobro de intereses moratorios por valores que no habían sido causados para la realización de su respectivo pago” ...

3.2. LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES

Por su parte, el doctor Víctor Gómez en calidad de apoderado de La Equidad Seguros Generales, dividió en cuatro (4) sus argumentos, así:

“El disenso se fundamenta en los siguientes aspectos:

(i) Se insiste en que no están presentes los elementos que permitan la imposición de una multa.

(ii) La tasación de la multa y las medidas adicionales dictadas son desproporcionadas e irrazonables.

(iii) La acción derivada del contrato de seguro se encuentra prescrita, razón por la cual, no es posible la declaratoria de la ocurrencia del siniestro y, de contera, la afectación de la póliza de Cumplimiento.

(iv) Que, en materia de contrato de seguro, persiste la inobservancia de la entidad en el cumplimiento de su deber jurídico o carga de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en los términos del artículo 1077 del C. de Co.

A continuación, se expondrán los reparos a la resolución censurada a título de recurso de reposición:

1. Se insiste en que no están presentes los elementos que permitan la imposición de una multa

Debe insistirse, tal y como se hizo en su oportunidad con la presentación de los argumentos de defensa, que la multa no resulta aplicable por las siguientes razones:

a. Las cuentas de cobro son objeto de discusión.

- b. Atenta contra el principio de buena fe el cobro de intereses moratorios por un hecho culposo de la misma administración.*
- c. La multa está instituida para constreñir al contratista para cumplir con sus obligaciones contractuales, no para el cumplimiento de mecanismos de carácter resarcitorio (por ejemplo, pago de intereses de mora).*
- d. Existe discusión acerca de la forma como se cobra la contraprestación, razón por la cual debe aplicarse el principio de in dubio pro administrado, tal y como se expuso ampliamente en los argumentos de defensa.*
- e. La discusión acerca del cobro de la contraprestación en nada afecta la satisfacción de las prestaciones a cargo del contratista, prueba de ello es que, mucho tiempo después, Cormagdalena evidenció -de manera poco diligente- que no cobró el ajuste, más, sin embargo, el contrato ha venido ejecutándose.*

En el caso en concreto, el Despacho le dio poca importancia a la discusión respecto del cobro de la contraprestación, en donde no era procedente en la forma perseguida por Cormagdalena. Le restó importancia la entidad el hecho relativo a que, al estar en discusión dicho cobro, enerva cualquier posibilidad de tener como incumplido al contratista, pues no valoró ni ponderó el ejercicio de su derecho legítimo -el de la Sociedad Portuaria- de cuestionar el cobro debido a los fundamentos de hecho ampliamente esbozados por el Contratista.

Atenta contra los principios torales en materia administrativa sancionatoria que la entidad, sin un análisis desde lo culpabilístico y acudiendo a criterios propios de la responsabilidad objetiva (proscrita en estas actuaciones), imponga una multa con total prescindencia en la valoración de la conducta de la Sociedad Portuaria, lo cual atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa.

Aunado a la multa impuesta, la sanción es excesiva por cuanto se está ordenando las comunicaciones de rigor a la Cámara de Comercio del lugar donde esté inscrita la Sociedad Portuaria y a la Procuraduría General de la Nación. Ello implicaba que el ejercicio de imputación del incumplimiento se hiciera basado en el contexto de la culpa y no presumiendo esta por el hecho del mero transcurso del tiempo.

Nótese que el actuar del contratista ha estado desprovista de cualquier consideración respecto a una antijuridicidad material, criterio relevante al momento de imponer sanciones por parte de la Administración.

Si bien, la antijuridicidad formal ocurre cuando un hecho es formalmente (valga la redundancia) antijurídico, es decir cuando el mismo se contradice con lo dispuesto en la normatividad o en la ley, la antijuridicidad material supone que el hecho se opone a los intereses sociales o es nocivo para la sociedad.

Es decir, para el supuesto de la antijuridicidad material, ello tiene lugar cuando transgrede una norma jurídica positiva, pero además lesionando, causando perjuicios o poniendo en peligro con ello a un bien jurídico que el ordenamiento jurídico desea proteger.

Si bien, desde el punto de vista hipotético, podría argumentar la entidad que el Contratista transgredió sus obligaciones (el no pago de la contraprestación), ello no quiere decir que su conducta es antijurídica desde lo material, pues su actuar no ha generado consecuencias nocivas para el cabal cumplimiento del contrato.

Debe rememorarse que la finalidad de este tipo de procedimientos administrativos sancionatorios de imposición de multas es que se cumpla con los fines del Estado y en este sentido, conminar al contratista a cumplir con sus compromisos contractuales a través de la aplicación de multas, las cuales son concebidas por el

legislador para estos efectos, para conminar, constreñir o apremiar a los contratistas al acatamiento del contrato.

Pero tal potestad, se insiste, no es absoluta y encuentra unos límites en la misma Constitución Política y en la ley. Uno de los límites, justamente, es que en estas actuaciones está proscrita la responsabilidad objetiva y, además, que es deber de la entidad demostrar todos los elementos que integran la culpa, lo cual también implica demostrar que el actuar del contratista está impregnada de antijuridicidad material.

Así las cosas, si bien puede considerar Cormagdalena que existe un desconocimiento de la normatividad del contrato, no existe un daño material, una lesión específica ni un desvalor de resultado, lo que conduce a que no se configure antijuridicidad material alguna, que debe servir de sustento a toda medida punitiva o sancionatoria. En ese sentido, no puede sancionarse en este caso la mera conducta del contratista si la misma no ha generado ningún daño o perjuicio a los bienes jurídicos protegidos por la ley y el contrato, máxime cuando quedó demostrado los motivos por los cuales el contratista se encontraba discutiendo el cobro de la contraprestación, y en consecuencia no será procedente declarar el incumplimiento contractual.

Aunado a lo anterior, resulta extraño al Derecho la aplicación de multas para constreñir al contratista para el cumplimiento de mecanismos de carácter resarcitorio (intereses de mora), lo cual es ajeno a los postulados propios de la actividad sancionatoria de la Administración en el marco de la imposición de multas. Lo anterior, sin perjuicio de que el cobro de las multas corresponde a la misma mora en la definición de los reparos del Contratista.

Por ende, al no existir incumplimiento parcial de las obligaciones asumidas por el Contratista, pues no se acreditó en la actuación y la culpa en el procedimiento administrativo sancionatorio no puede presumirse, no es dable la aplicación de la multa que se pretende imponer.

2. La tasación de la multa y las medidas adicionales dictadas son desproporcionadas e irrazonables:

Indica la entidad que el principio de proporcionalidad no es procedente en la aplicación de multas.

Sin embargo, de una lectura armónica a los principios, postulados y normas que gobiernan la potestad sancionatoria de la administración, la proporcionalidad corresponde a no aplicar, de manera excesiva, los poderes sancionatorios de la Administración.

En el caso en concreto, estando en discusión -como se dijo- el monto de lo cobrado y habiendo demostrado el Contratista el pago de las contraprestaciones pretéritas, deviene evidente la excesiva potestad sancionatorio al aplicar -no sólo la multa- sino dar cabida -además- a las comunicaciones a las entidades y organismos a los que ya se hizo referencia.

La proporcionalidad no es sólo en términos económicos, pues también debe abordarse desde las consecuencias de la declaratoria de incumplimientos parciales. Por ende, debe la entidad tener en cuenta la gravedad de la infracción, la capacidad económica del infractor, la reincidencia de éste, en su caso, en la comisión del hecho que la motiva, o cualquier otro elemento del que pueda inferirse la gravedad o levedad del hecho infractor.

En el caso en concreto, se insiste en que el Contratista ha venido cuestionando, legítimamente, el monto de la contraprestación.

En ese contexto, es importante traer a colación, una vez más, la regla jurisprudencial relativa a la proporcionalidad, la cual es plenamente aplicable en la imposición de multas.

Además, llama la atención el hecho relativo a que, además del cobro de intereses moratorios (de una suma objeto de discusión), se imponga una multa y, además, se libren las comunicaciones ordenadas en la parte resolutive de la decisión que hoy se recurre. Considera mi representada que es absolutamente desbordada y desproporcionada la decisión de Cormagdalena.

Razón por la cual debe reiterarse que la imposición de la multa -y sus consecuencias- es excesiva para el Contratista; por ende, debe acudir a una justa proporción e, incluso, prescindir de ella y sus efectos.

3. La acción derivada del contrato de seguro se encuentra prescrita, razón por la cual, no es posible la declaratoria de la ocurrencia del siniestro y, de contera, la afectación de la póliza de Cumplimiento:

Como lo ha indicado de manera inveterada el Consejo de Estado, la declaratoria de siniestro “deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento”

Esta tesis también fue recogida en sentencia del 9 de julio de 2014, en donde la misma Corporación indicó que “[e]n esta oportunidad la Sala reitera la postura según la cual el acto administrativo por medio del cual se declara el siniestro debe ser expedido por la Administración Pública a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en la que ésta tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente deberá acaecer durante la vigencia del seguro”

Desde el momento en que la entidad tiene conocimiento del hecho que da origen a la acción, cuenta con un término de dos años para proferir el acto administrativo mediante el cual declara la ocurrencia de un siniestro y lo cuantifica, de no hacerlo en este interregno pierde competencia por cuanto la acción derivada del contrato de seguro ha prescrito.

Así lo ha indicado el Consejo de Estado en múltiples decisiones, de las cuales se rescatan (además de las ya indicadas): Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera: Sentencia de 11 de diciembre de 2002, exp. 22511; Sentencia de abril 22 de 2009, exp. 14.667; Sentencia de 19 de agosto de 2009, exp. 21.432; Sentencia de 5 de mayo de 2020, exp. 47.166 y, Sentencia de 10 de febrero de 2021, exp. 57.454.

Así las cosas, en el evento de considerar la entidad que los eventos constitutivos de incumplimiento tuvieron lugar en vigencia de la póliza de marras, debe tenerse en cuenta que su conocimiento tuvo lugar hace más de dos años, como entrará a demostrarse:

En el caso en concreto, se aduce que el cobro de la contraprestación No. 13 es de fecha 10 de septiembre de 2020.

Por la existencia de un saldo de la anualidad y la causación de intereses de mora, se está imponiendo una multa al Contratista, amén de declararse la ocurrencia del siniestro.

Empero, como puede observarse, Cormagdalena conoció -o debió conocer- los hechos constitutivos de incumplimiento hace más de dos años, sin que, hasta la fecha, haya declarado el incumplimiento por las razones que esboza en su pliego de cargos.

Por ende, la entidad no goza de competencia para declarar la ocurrencia del siniestro bajo el amparo de Cumplimiento, por cuanto tal facultad es temporal, está sujeta a un término, el cual ya feneció, no siendo posible exigir de mi procurada el pago de las sumas de dinero deprecadas en el pliego de cargos.

En síntesis, no puede pretender Cormagdalena la afectación del Amparo de Cumplimiento del Contrato, cuando es evidente que ya perdió competencia para declarar la ocurrencia del siniestro.

4. Que, en materia de contrato de seguro, persiste la inobservancia de la entidad en el cumplimiento de su deber jurídico o carga de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en los términos del artículo 1077 del C. de Co.

Este argumento es de carácter subsidiario, sin renunciar al argumento plasmado en el numeral 3 de este escrito.

Como consecuencia de los reparos contenidos en los numerales 1. y 2. del presente escrito, en materia de contrato de seguro, la entidad no ha acreditado los presupuestos contemplados en el artículo 1077 del C. de Co.

Según se indicó en el escrito de descargos, “no existe materialización del riesgo asegurado, como quiera que la póliza de cumplimiento que sirve de fundamento para la vinculación de mi procurada ampara los hechos imputables al deudor contratista que implican el incumplimiento de obligaciones contractuales que afecten de forma grave y directa la ejecución del contrato. Debe existir una relación causal entre el hecho y el daño para que surja la obligación condicional del asegurador, caso contrario, no existiría siniestro. En este evento -y como ya se precisó-, no existe causal de incumplimiento por parte del contratista”.

Además, al ser la multa improcedente, por obvias razones no puede hablarse de la realización del riesgo asegurado, pues como se dejó dicho el evento que hoy nos convoca al presente procedimiento no está contemplado como causal de imposición de multa.

De otra parte, olvida la entidad que el contrato de seguro de cumplimiento es de carácter indemnizatorio, es decir, no puede ser fuente de enriquecimiento para la entidad. Tal y como está demostrado, el amparo de cumplimiento cubre los perjuicios derivados del pago del valor de las multas. Sin embargo, si se repara en la actuación de la entidad contratante y, como ejercicio hipotético para ampliar el entorno de la controversia, se advierte lo siguiente:

- 1. De considerarse que el supuesto incumplimiento data del mes de septiembre de 2020 y que el mismo constituye un evento sancionable con multa, la pretendida imposición de la misma resulta ser inoportuna³ e impertinente⁴ por el evidente transcurso del tiempo. Lo anterior deja en evidencia que la imposición de ésta en el acto administrativo censurado no tiene como propósito conminar al*

- contratista al cumplimiento de la prestación parcialmente incumplida, sino a generar un empobrecimiento correlativo al Contratista o al Garante.
2. En palabras del Consejo de Estado⁵, “[l]as sanciones contractuales no tienen como objeto lograr ventajas y ganancias para una de las partes y erogaciones y mayor onerosidad para la otra. Mediante las sanciones lo que se busca es lograr el cumplimiento y obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios sufridos. Donde no hay perjuicio, no pueden existir sanciones”.

Por lo anterior, la actuación de la Administración va en contravía de los principios torales del contrato de seguro de daños, amén que no responde a la noción de siniestro tal y como se define en las condiciones generales de la póliza, pues la multa debe ser la manifestación de un perjuicio sufrido por la entidad y, en este caso., brilla por su ausencia que la actuación del Contratista haya afectado la prestación objeto del contrato.

En razón a lo indicado, no es verdad que haya acaecido el riesgo asegurado o, icho en otras palabras, que es cierto que estén presentes los presupuestos contemplados en el artículo 1077 del C. de Co.; por contera, no se cumplió la condición de la cual pendía la obligación de mi procurada, siendo improcedente declarar ocurrido el siniestro.

5. La entidad no se pronunció frente a la aplicación del principio de proporcionalidad, así como la aplicación de la compensación, solicitados con el escrito de descargos presentado por la Aseguradora.

Se itera que, sin reconocer obligación o responsabilidad alguna a cargo del contratista, o a cargo de mi procurada, en el evento que la Corporación insista en su ratio, es preciso que la Entidad tenga en cuenta que debe aplicar la regla proporcional como mecanismo frente a las obligaciones cumplidas por el contratista, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento en el acto administrativo que se censura.

Es importante recordar a la administración la regla jurisprudencial relativa a la proporcionalidad, la cual es plenamente aplicable en la imposición de multas.

Por ende, la sanción contemplada en el acto administrativo resulta excesiva y desproporcionada si se tiene en cuenta que la información solicitada por la Interventoría en nada afecta con la ejecución de la prestación a cargo del Concesionario.

En virtud de lo anterior, de manera subsidiaria y, respetuosamente, se ruega a la entidad acudir al principio de proporcionalidad y tasar o “dosificar” la multa impuesta atendiendo el bajo impacto que tiene, para la ejecución del contrato, la remisión de la información solicitada por la Interventoría.

De igual manera, frente a la compensación solicitada, se reitera lo dicho en los descargos presentados por escrito por parte de mi procurada, los cuales no fueron tenidos en cuenta:

“[L]a escogencia de los mecanismos para hacer efectiva una multa, debe estar orientada por el principio de eficacia, en virtud del cual, el medio seleccionado no sólo debe ser adecuado para los fines de recaudo, sino que debe ser el más idóneo dentro de las diversas opciones que se tendrían para obtener el pago y, en este caso, el medio más idóneo es la Compensación.

De igual manera, conforme a lo normado en el artículo 2.2.1.2.3.1.18 del Decreto 1082 de 2015, es responsabilidad de la entidad mantener la suficiencia de la garantía en los términos del artículo 2.2.1.2.3.1.12 ibídem”.

Luego, como quiera que la norma habilita a la Administración para aplicar la compensación, lo cual desplaza cualquier posibilidad de afectación de la garantía única de cumplimiento,

se ruega a la entidad revocar el artículo cuarto del acto administrativo de marras y, en su lugar, se disponga a descontar el valor de la multa directamente de los saldos que se adeuden al Concesionario sin necesidad de declarar el siniestro y afectar la póliza de marras”.

PETICIÓN

Por lo anteriormente expuesto, respetuosamente se solicita a la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de La Magdalena - CORMAGDALENA:

Primero: Revocar en su integridad la Resolución No. 000260 del 9 de septiembre de 2022 y, en consecuencia, se ordene el archivo del procedimiento administrativo sancionatorio.

Segundo: Subsidiario a la primera, y de no acceder a revocar, en su totalidad, la Resolución No. 000260 del 9 de septiembre de 2022, que se revoque el artículo cuarto en su totalidad y, parcialmente, el artículo sexto de la decisión y, por contera, se excluya a LA EQUIDAD SEGUROS GENERALES O.C. de la decisión censurada.

Tercero: Subsidiaria a las dos anteriores, de considerar que no es procedente la solicitud, se ruega a la Corporación revocar o modificar el artículo segundo de la mentada resolución, prescindiendo de la aplicación de la multa o reduciendo el monto de la misma.

IV. LOS HECHOS PROBADOS.

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

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

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

6. La Cláusula Primera del Contrato de Concesión establece como objeto del mismo:

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

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

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

V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

En este orden de ideas, esta Oficina Asesora Jurídica, una vez analizadas y valoradas las razones de orden fáctico y jurídico, oportunamente allegadas y en las que se fundamentaron los recursos de reposición sustentados por la apoderada del contratista y de la compañía garante, procederá en concordancia a lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, en tanto al derecho al debido proceso se refiere, a resolver los recursos de reposición en mención, para lo cual se pronunciará respecto de cada una de las razones de inconformidad expuestas por los recurrentes en el orden que fueron expuestas, así:

5.1. Consideraciones sobre el recurso de SP Barrancabermeja

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre los argumentos elevados por el Concesionario recurrente.

Para solicitar la revocatoria de la decisión, la defensa reitera el argumento presentado en los descargos iniciales, en el que afirma haber realizado los pagos de la contraprestación y que reconoce la deuda por el aumento del IPC conforme a lo estipulado, pero no reconoce los intereses moratorios cobrados por CORMAGDALENA, como tampoco la tasa del 12% al que la entidad liquidó los intereses, lo anterior, argumentando que la causa del incumplimiento corresponde a un error de la entidad.

... “Por lo anterior, consideramos que Cormagdalena no podría argumentar la existencia de alguna especie de mora por la obligación de pagar de manera íntegra y oportuna la contraprestación previamente contenida en un acto administrativo, con

fundamento en el principio de la Buena Fe contractual, y apoyado con el argumento de que la cuenta de cobro no incorporó el valor completo de las anualidades 7, 8, 9, 10, y 11.

De acuerdo con lo anterior, la sociedad Portuaria de Barrancabermeja no desconoce los aumentos del IPC que se dejaron de cobrar en las anualidades 7, 8, 9, 10, y 11, pero no está de acuerdo con el cobro de intereses moratorios por valores que no habían sido causados para la realización de su respectivo pago” ...

Al respecto, debemos reiterar el análisis elaborado por este Despacho en la Resolución 000260 del 09 de septiembre del 2022, en el que se señaló:

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

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

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

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

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

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

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

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

*Respuesta: Respecto a este interrogante, nos permitimos informar que a la fecha **sobre los intereses moratorios de las anualidades No 7, 8, 9, 10, 11 y 12 no se encuentran saldos**. Lo anterior dado que con el pago realizado el día 30 de julio de 2020 por valor de TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MILLONES*

CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MCTE (\$342'464.632) se cubrieron dichos intereses.

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

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

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

A la pregunta 2. Considerando el periodo transcurrido entre la presentación del primer informe y la actual solicitud de actualización y complementación, se solicita a la SECRETARIA GENERAL allegar el estado de cuenta actual de la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A.

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

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

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

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

Así las cosas, este Despacho encontró superado el incumplimiento relativo al no pago de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12 y el presunto incumplimiento quedó circunscrito al pago de la anualidad 13.

Ahora, con respecto a la anualidad 13, esta Oficina Asesora Jurídica encontró probada la existencia legal y contractual de la obligación que le asiste al concesionario de pagar la contraprestación y que conforme al acervo probatorio que obra en el expediente sancionatorio, el contratista se encuentra en mora de dicho pago.

Teniendo en cuenta que, en el recurso de reposición la defensa no expone argumentos adicionales o pruebas diferentes que pudiesen producir un análisis distinto por parte de este Despacho, se desestima el argumento del recurso y se mantiene la decisión adoptada en la resolución recurrida.

En dichos términos se da resolución al recurso de reposición interpuesto por el Concesionario y se da paso a los argumentos del recurso expuestos por la Compañía Garante.

5.2. Consideraciones sobre el recurso de Equidad Seguros Generales

A continuación, el Despacho procederá a pronunciarse sobre los argumentos presentados por la Compañía Garante recurrente y abordará el examen de los mismos, conforme al orden empleado por su defensa en la sustentación de la reposición.

5.2.1. Se insiste en que no están presentes los elementos que permitan la imposición de una multa.

Como primer argumento, la defensa de la Compañía Garante señala que el Despacho no tuvo en consideración el derecho del concesionario a cuestionar el cobro debido, que adicionalmente el Despacho omitió el análisis de la antijuridicidad material de la conducta, pues la aseguradora afirma que el presunto incumplimiento del concesionario no generó consecuencias nocivas para el cabal cumplimiento del contrato; y que la imposición de multas no debe ser aplicada para constreñir al contratista a cumplir intereses moratorios.

... “En el caso en concreto, el Despacho le dio poca importancia a la discusión respecto del cobro de la contraprestación, en donde no era procedente en la forma perseguida por Cormagdalena. Le restó importancia la entidad el hecho relativo a que, al estar en discusión dicho cobro, enerva cualquier posibilidad de tener como incumplido al contratista, pues no valoró ni ponderó el ejercicio de su derecho legítimo -el de la Sociedad Portuaria- de cuestionar el cobro debido a los fundamentos de hecho ampliamente esbozados por el Contratista.

Atenta contra los principios torales en materia administrativa sancionatoria que la entidad, sin un análisis desde lo culpabilístico y acudiendo a criterios propios de la responsabilidad objetiva (proscrita en estas actuaciones), imponga una multa con total prescindencia en la valoración de la conducta de la Sociedad Portuaria, lo cual atenta contra el debido proceso y el derecho de defensa.” ...

... “Si bien, desde el punto de vista hipotético, podría argumentar la entidad que el Contratista transgredió sus obligaciones (el no pago de la contraprestación), ello no quiere decir que su conducta es antijurídica desde lo material, pues su actuar no ha generado consecuencias nocivas para el cabal cumplimiento del contrato.” ...

... “Aunado a lo anterior, resulta extraño al Derecho la aplicación de multas para constreñir al contratista para el cumplimiento de mecanismos de carácter resarcitorio (intereses de mora), lo cual es ajeno a los postulados propios de la actividad sancionatoria de la Administración en el marco de la imposición de multas. Lo anterior, sin perjuicio de que el cobro de las multas corresponde a la misma mora en la definición de los reparos del Contratista.” ...

Al respecto, este Despacho aclara al recurrente que no se ha desconocido el derecho del contratista a cuestionar el cobro generado por la entidad, pues como consta en el expediente, el contratista ha presentado sus objeciones a través de los canales institucionales y la entidad le ha dado respuesta. Igualmente, el concesionario cuenta con los mecanismos legales para controvertir las decisiones adoptadas por la administración con las que no esté de acuerdo.

Ahora, se aclara igualmente que la Oficina Asesora Jurídica debe adoptar una decisión basada en los hechos probados, y como se dejó constancia en la resolución recurrida, se encontró probado el cumplimiento de los intereses moratorios de las anualidades No. 7, 8, 9, 10, 11 y 12. Sin embargo, el incumplimiento por el no pago de la contraprestación de la anualidad 13 no fue desvirtuado y en consecuencia se declaró el incumplimiento parcial del concesionario, con la respectiva imposición de multa.

En cuanto al argumento según el cual el Despacho omitió el análisis de la antijuridicidad material de la conducta, debemos aclarar que el recurrente parte de un análisis errado, pues afirma que el presunto incumplimiento del contratista no genera consecuencias nocivas para el contrato. Sin embargo, desconoce que el pago de la contraprestación hace parte de los elementos esenciales del contrato de concesión² y que el incumplimiento de dicha obligación deriva en un perjuicio para la administración y la correcta relación contractual, en consecuencia, no es cierto que se haya hecho un juicio de responsabilidad objetiva, sino por el contrario, se declaró el incumplimiento del concesionario basado en su conducta contractual.

Posteriormente, la aseguradora afirma que el Despacho se equivoca al imponer multa para constreñir al contratista al cumplimiento del pago de los intereses moratorios. Sobre este punto debemos aclarar que la naturaleza de la multa es justamente la de exigir al contratista incumplido que acate los compromisos adquiridos³, y en todo caso, se pone de presente que la declaratoria de incumplimiento no se impuso por la mora en los intereses, sino por el no pago de la contraprestación de la anualidad 13, obligación que se encuentra plenamente probada y determinada en cabeza del concesionario y que éste no demostró haber cumplido.

5.2.2. La tasación de la multa y las medidas adicionales dictadas son desproporcionadas e irrazonables:

Como segundo punto, el apoderado de la Compañía Aseguradora alega que la imposición de la multa resulta desproporcionada considerando el presunto incumplimiento.

² Ley 1 de 1991, artículo 5, numeral 5.2. **Concesión portuaria.** La concesión portuaria es un contrato administrativo en virtud del cual la Nación, por intermedio de la Superintendencia General de Puertos, permite que una sociedad portuaria ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos, para la construcción y operación de un puerto, a **cambio de una contraprestación económica a favor de la Nación**, y de los municipios o distritos donde operen los puertos.

³ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1994-09826-01 (28.875) “La multa contractual se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración en ejercicio de su función primordial de ejercer el control y vigilancia de la ejecución del contrato, con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una que vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual.”

... *“En el caso en concreto, estando en discusión -como se dijo- el monto de lo cobrado y habiendo demostrado el Contratista el pago de las contraprestaciones pretéritas, deviene evidente la excesiva potestad sancionatorio al aplicar -no sólo la multa- sino dar cabida -además- a las comunicaciones a las entidades y organismos a los que ya se hizo referencia.” ...*

Al respecto, este Despacho se pronunció en la resolución recurrida y por tanto nos permitimos reiterar lo allí señalado:

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

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

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

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

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”⁴

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

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

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

⁴ Consejo de Estado, sentencia del 26 de noviembre de 2015, CP. Jaime Orlando Santofimio

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

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

Adicionalmente, la aseguradora manifiesta que resulta excesivo que además de la imposición de la multa se remitan comunicaciones a las entidades y organismos a los que se hace referencia en la parte resolutive de la decisión. Sobre este punto se aclara al recurrente que la notificación de la sanción a la Cámara de Comercio, Procuraduría y publicación en el SECOP, corresponde a un deber legal y no a una acción potestativa de este Despacho.

Por tal motivo, se desestima el argumento y se mantiene la decisión adoptada en la resolución recurrida.

5.2.3. La acción derivada del contrato de seguro se encuentra prescrita, razón por la cual, no es posible la declaratoria de la ocurrencia del siniestro y, de contera, la afectación de la póliza de Cumplimiento:

Como tercer argumento, la aseguradora alega la prescripción de la acción, pues afirma que la administración cuenta con el término de dos años a partir de la fecha en que tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro.

... “Como lo ha indicado de manera inveterada el Consejo de Estado, la declaratoria de siniestro “deberá hacerse por la Administración, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la fecha en que tenga conocimiento de la ocurrencia del siniestro, hecho que necesariamente debe acaecer durante la vigencia del seguro, así la declaratoria se produzca después de su vencimiento” ...

... “Por ende, la entidad no goza de competencia para declarar la ocurrencia del siniestro bajo el amparo de Cumplimiento, por cuanto tal facultad es temporal, está sujeta a un término, el cual ya feneció, no siendo posible exigir de mi procurada el pago de las sumas de dinero deprecadas en el pliego de cargos.” ...

Para abordar el tema central de éste título, precisaremos elementos generales del contrato de seguro de cumplimiento de contratos estatales, de su término de prescripción, y de la caducidad de la facultad sancionadora de las Entidades Estatales. No obstante, aclarando que se debe analizar en cada caso en particular los elementos y circunstancias específicas.

Comenzaremos a definir el seguro de cumplimiento de contratos estatales, denominado “garantía única” o “póliza única de cumplimiento”, como *“aquella consistente en una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia a favor de una Entidad Pública. Como seguro de cumplimiento está orientado a proteger un interés asegurable, el interés del asegurado.”*⁵ Como seguro de cumplimiento de contratos

⁵ Ordoñez Ordoñez, Andrés E. El Seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

estatales, el Consejo de Estado lo ha catalogado como un contrato estatal, así lo expresó en providencia el alto tribunal:

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

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

*En cuanto ha quedado establecidos que los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales también **pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales**, se impone concluir entonces que la competencia para conocer tanto de las controversias que se deriven de los mismos como de los procesos de ejecución que en ellos se originen, se encuentra legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa[...]*⁶ (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Ahora, con relación a la prescripción de la acción frente al contrato de seguro de cumplimiento de los contratos estatales, el Consejo de Estado ha venido sosteniendo dos tesis, la primera según la cual los dos años de la prescripción ordinaria se deben contar a partir de la notificación del primer acto administrativo que declara el incumplimiento e impone la sanción, evento que constituiría el siniestro.⁷

... “la prescripción de la acción del contrato de seguro de cumplimiento ocurre con anterioridad a la caducidad de la acción ordinaria contractual, en tanto que su término empieza a correr a partir del primer acto administrativo” ...

Y la segunda tesis, desarrollada en su jurisprudencia más reciente⁸, advierte que el término de los dos años debe ser contabilizado a partir del momento en el que el interesado, en este caso Cormagdalena, conoció o debió razonablemente conocer el hecho que da base a la declaratoria del siniestro:

... “el término de prescripción ordinaria de dos años comienza a contarse desde el momento en que el interesado, en este caso el Invías, hubiere conocido o debido razonablemente conocer el hecho que da base a la acción, es decir, desde el momento en que hubiere conocido o debido conocer el siniestro, en tanto lo que se

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

⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 25000232600020030170501 (29205). Sentencia de 27 de Marzo de 2014. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad. 630012333000201800132 01 (64.154). Sentencia de 24 de abril de 2020. M.P. Marta Nubia Velásquez

pretende es la efectividad de la póliza y la cobertura del riesgo materializado por parte de la aseguradora y afectado con los actos administrativos enjuiciados” ...

Para el caso en estudio, se advierte que bajo ninguna de las dos tesis expuestas se configura la prescripción de la acción frente al contrato de seguro, pues con base en la primera tesis, al haberse notificado la resolución 260 del 2022 el día 09 de septiembre del mismo año, el término de dos años vencería el 08 de septiembre del 2024.

Ahora, bajo la segunda tesis, esto es desde el momento en que Cormagdalena conoció el hecho que da lugar al siniestro, este Despacho observa que en la Resolución 451 de 2013, por medio de la cual se reajusta la contraprestación aplicable al Contrato de Concesión Portuaria No. 01 de 2008 suscrito con la Sociedad Portuaria de Barrancabermeja S.A., se estableció que la contraprestación correspondiente a la anualidad 13 debía ser pagada el día 08 de octubre de 2020:

VALOR TOTAL DE LA CONTRAPRESTACIÓN POR INFRAESTRUCTURA CORRESPONDIENTE A LA CUOTA DE ACTUALIZACIÓN AL IPC DEL AÑO 2013									
13 de septiembre de 2022	146,863,041	5,254	146,863,041	152,644,934	IPC DEL AÑO 2013	La indicada en acta de entrega del 8 de agosto de 2013 que corresponde a la infraestructura total aplicable al contrato			
						12,176,324,960	8 de agosto de 2013		
									8 DE OCTUBRE DE 2020

Así las cosas, el término de dos años contados a partir del momento en que surge la obligación incumplida vencería el 7 de octubre del 2022. Sin embargo, comoquiera que la resolución 260 del 2022 a través de la cual se declaró el siniestro y se impuso la sanción al contratista fue emitida y notificada el 09 de septiembre del 2022, se puede concluir que el acto administrativo fue proferido dentro de los dos años siguientes, sin que operara el fenómeno de la prescripción.

Entre otras cosas, en la sustentación del recurso, el apoderado de la Compañía Garante alega que el cobro de la anualidad 13 es de fecha 10 de septiembre del 2020, luego en gracia de discusión, aún con tal afirmación, se advierte que la Resolución recurrida hubiese sido proferida dentro del término de dos años siguientes.

Finalmente, y con el fin de dejar constancia en el presente acto, se aclara que, con la resolución primigenia, esto es la Resolución 260 del 2022, se constituyó el siniestro y por tanto la obligación de la aseguradora de pagar la sanción impuesta al contratista, toda vez que el recurso de reposición solo suspende la obligación hasta que se resuelva el recurso, sin que dicho término deba entenderse como una extensión para el conteo de los dos años de prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio, pues adicionalmente, el artículo 52 de la Ley 1437 del 2011 (CPACA), establece que el acto sancionatorio (en este caso la Resolución 260 del 2022), es diferente de los actos que resuelven los recursos, los cuales deberán ser decididos, so pena de pérdida de competencia, en un término de un (1) año contado a partir de su debida y oportuna interposición.

En síntesis, para el caso que nos ocupa, se desvirtúa el argumento esgrimido por la Compañía Aseguradora, como quiera que la competencia para declarar la ocurrencia del siniestro no ha prescrito.

5.2.4. Que, en materia de contrato de seguro, persiste la inobservancia de la entidad en el cumplimiento de su deber jurídico o carga de acreditar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida en los términos del artículo 1077 del C. de Co.

Como cuarto argumento, la Compañía Aseguradora reitera el alegato presentado y analizado por este Despacho en la resolución recurrida, cuando afirma que la entidad no acreditó la ocurrencia del siniestro ni la cuantía del perjuicio en los términos del artículo 1077 del Código de Comercio.

... “la actuación de la Administración va en contravía de los principios torales del contrato de seguro de daños, amén que no responde a la noción de siniestro tal y como se define en las condiciones generales de la póliza, pues la multa debe ser la manifestación de un perjuicio sufrido por la entidad y, en este caso., brilla por su ausencia que la actuación del Contratista haya afectado la prestación objeto del contrato.

En razón a lo indicado, no es verdad que haya acaecido el riesgo asegurado o, icho en otras palabras, que es cierto que estén presentes los presupuestos contemplados en el artículo 1077 del C. de Co.; por contera, no se cumplió la condición de la cual pendía la obligación de mi procurada, siendo improcedente declarar ocurrido el siniestro.” ...

Teniendo en cuenta que se trata de un argumento ya resuelto de fondo, nos permitimos reiterar lo allí señalado.

Con respecto a la acreditación de los presupuestos indicados en el artículo 1077 del Código de Comercio, iniciaremos por definir la póliza de cumplimiento a favor de entidades estatales, denominado “garantía única” o “póliza “única de cumplimiento”, como aquella consistente en una póliza expedida por una compañía de seguros legalmente constituida en Colombia a favor de una Entidad Pública. Como seguro de cumplimiento está orientado a proteger un interés asegurable, el interés del asegurado.⁹ Como seguro de cumplimiento de contratos estatales, el Consejo de Estado lo ha catalogado como un contrato estatal, así lo expresó en providencia el alto tribunal:

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

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

En cuanto ha quedado establecidos que los contratos de seguros que se celebren para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades para garantizar el cumplimiento de los contratos de las entidades estatales también pertenecen a la misma categoría de los contratos estatales, se impone concluir entonces que la competencia para conocer tanto de las controversias que se deriven de los mismos como de los procesos de ejecución que en ellos se originen, se encuentra legalmente asignada a la Jurisdicción Contenciosa Administrativa” ...¹⁰

⁹ Ordoñez Ordoñez, Andrés E. El Seguro de cumplimiento de contratos estatales en Colombia. Universidad Externado de Colombia.

¹⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad. 250002326000199704694-01 (22.339). Sentencia de 6 de Agosto de 2009. M.P. Mauricio Fajardo.

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

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

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

De acuerdo con el Consejo de Estado, el contrato de seguro de cumplimiento de Entidades estatales es especial, en el sentido que es diferente de los demás contratos de seguro que de ordinario se rigen sólo por las disposiciones del Código de Comercio.¹¹

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

... “En realidad, lo que acontece con las garantías constituidas en favor de las entidades estatales es que se invierte el procedimiento de reclamación contemplado en el Código de Comercio, pues al paso que en éste el beneficiario y/o el asegurado debe acudir ante la compañía de seguros para acreditarle la ocurrencia del siniestro y el daño -con su monto-, cuando la entidad estatal es la beneficiaria de una póliza es a la compañía de seguros a quien le corresponde acudir ante el Estado –debido proceso- a defender su posición frente a cada uno de los aspectos que involucra la declaración del siniestro, que ya no depende del reconocimiento voluntario que haga la compañía, sino que pasa a manos de la administración decidir si se presentó o no hecho cubierto con la garantía. Esta posibilidad se reforzó con la expedición de la ley 1.150 de 2007, que reiteró esta potestad en manos de la administración [inciso cuarto del art. 7]. Nótese que incluso en vigencia de esta norma la potestad para declarar el siniestro no se limita a las garantías bancarias o a las constituidas con las compañías de seguros, sino a cualquier otra que el decreto reglamentario autorice, lo cual efectivamente materializó el decreto reglamentario 4828 de 2008, que incorporó garantías nuevas, con la posibilidad indicada aquí.” ...¹² (Negrilla y subrayado fuera de texto)

¹¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Rad.05001233100020000172001 (24609).Sentencia del 19 de Febrero de 2009. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, 23 de junio de 2010. Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00862-01(16494) MP. Enrique Gil Botero

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

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

*... “Finalmente, la Sala precisa que el artículo 1077 del Código de Comercio establece que **le corresponde al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida, si fuere el caso**. Estima la Sala que, por regla general, cuando el que se entiende configurado es el amparo de cumplimiento propiamente dicho y lo que se pretende hacer efectivo es el pago de la cláusula penal o las multas, no será necesario que en el trámite administrativo se discuta acerca de la determinación del monto de la pérdida —o en el caso de la multa de la sanción—, en la medida que el monto de la multa y de la estimación anticipada del perjuicio son aspectos que están definidos de antemano en dichas cláusulas desde la celebración misma del contrato amparado.” ... ¹³(negrilla y subrayado fuera de texto.)*

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

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

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

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

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

¹³ 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), del 18 de febrero del 2022.

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

1.2.3. La entidad no se pronunció frente a la aplicación del principio de proporcionalidad, así como la aplicación de la compensación, solicitados con el escrito de descargos presentado por la Aseguradora.

Como alegato final, la defensa de la Compañía Aseguradora solicita que, en caso de confirmarse el incumplimiento, de manera subsidiaria se de aplicación al principio de proporcionalidad, tasando la multa en atención al bajo impacto del incumplimiento para la ejecución del contrato.

Así mismo, solicita se proceda a aplicar la compensación y descontar el valor de la multa directamente de los saldos que se adeuden al Concesionario sin necesidad de declarar el siniestro y afectar la póliza.

“Se itera que, sin reconocer obligación o responsabilidad alguna a cargo del contratista, o a cargo de mi procurada, en el evento que la Corporación insista en su ratio, es preciso que la Entidad tenga en cuenta que debe aplicar la regla proporcional como mecanismo frente a las obligaciones cumplidas por el contratista, aspecto que no fue objeto de pronunciamiento en el acto administrativo que se censura. (...)”

“En virtud de lo anterior, de manera subsidiaria y, respetuosamente, se ruega a la entidad acudir al principio de proporcionalidad y tasar o “dosificar” la multa impuesta atendiendo el bajo impacto que tiene, para la ejecución del contrato, la remisión de la información solicitada por la Interventoría. (...)”

“De igual manera, frente a la compensación solicitada, se reitera lo dicho en los descargos presentados por escrito por parte de mi procurada, los cuales no fueron tenidos en cuenta. (...)”

“Luego, como quiera que la norma habilita a la Administración para aplicar la compensación, lo cual desplaza cualquier posibilidad de afectación de la garantía única de cumplimiento, se ruega a la entidad revocar el artículo cuarto del acto administrativo de marras y, en su lugar, se disponga descontar el valor de la multa directamente de los saldos que se adeuden al Concesionario sin necesidad de declarar el siniestro y afectar la póliza de marras.”

El apoderado afirma que no hubo pronunciamiento sobre la solicitud de aplicar el principio de proporcionalidad y compensación. Sin embargo, se aclara al recurrente que en la resolución 000260 del 09 de septiembre del 2022 este Despacho sí desarrolló el argumento y por consiguiente nos permitimos reiterar lo allí señalado.

Proporcionalidad.

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

En afinidad, el Consejo de Estado nos enseña que la multa tiene como objeto constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de las obligaciones contraídas cuando se evidencie

la ocurrencia de incumplimientos parciales y en vigencia del plazo contractual, luego busca conminar al contratista incumplido a satisfacer la obligación parcialmente incumplida.

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

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

Por consiguiente, la multa contractual tiene como función primordial compeler al deudor a la satisfacción de la prestación parcialmente incumplida, es decir, tiene una finalidad eminentemente conminatoria, a diferencia de la cláusula penal, medida coercitiva mediante la cual lo que se busca no sólo es precaver sino también sancionar el incumplimiento total o parcial de las obligaciones a cargo del contratista.”¹⁴

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

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

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

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

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

Por lo anterior, se confirma la imposición de la multa tasada en la resolución 000260 del 09 de septiembre de 2022 en DOCE MILLONES TRESCIENTOS OCHO MIL SEISCIENTOS CINCUENTA Y OCHO PESOS MCTE (COP\$12.308.658) equivalentes al 1% de la contraprestación a cargo del Concesionario y con base en el numeral decimonoveno punto siete (19.7) del contrato de concesión portuaria No. 01 de 2008.

¹⁴ Consejo de Estado, sentencia del 26 de noviembre de 2015, CP. Jaime Orlando Santofimio

Compensación

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

Al respecto, el Código Civil contempló en su artículo 1714 que cuando dos personas son deudoras una de otra “se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”¹⁵ y que para que opere se requiere:

*“la compensación se opera por el solo ministerio de la ley y aún sin conocimiento de los deudores; y ambas deudas se extinguen recíprocamente hasta la concurrencia de sus valores, desde el momento que una y otra reúnen las calidades siguientes: 1.) Que sean ambas de dinero o de cosas fungibles o indeterminadas de igual género y calidad. 2.) Que ambas deudas sean líquidas; y 3.) Que ambas sean actualmente exigibles.”*¹⁶

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

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

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

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

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

¹⁵ Artículo 1714 del Código Civil

¹⁶ Artículo 1715 del Código Civil

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

2. CONCLUSIÓN

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica desestima los argumentos elevados en la reposición interpuesta por los recurrentes y confirma la decisión adoptada en la resolución 000260 del 09 de septiembre de 2022, en la que se declaró el incumplimiento parcial con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión No. 01 de 2008, suscrito entre CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA –CORMAGDALENA- y la SOCIEDAD PORTUARIA DE BARRANCABERMEJA S.A.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

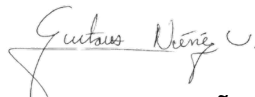
ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, en su totalidad, la Resolución No. 000260 del 09 de septiembre de 2022, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

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

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

Dada en Bogotá, a los diecinueve (19) días del mes de diciembre de 2022.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE



GUSTAVO ALFREDO NUÑEZ VIVERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Daniel Acosta Moreno-Abogado OAJ *D.A.*

Revisó: Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ *S.G.*