

Resolución No. 000080
(26 DE MARZO DE 2021)

“Por la cual se declara el incumplimiento parcial del Contrato de Concesión No. 019 de 1997 y se impone multa a la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A.”

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

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

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

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*

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

de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo".

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

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

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

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

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

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

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

Que mediante 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 – CORMAGADALENA- delega en el Jefe de la Oficina Jurídica *"el respectivo inicio al trámite de los procesos de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento de qué trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los contratos, incluyendo el periodo probatorio y adopción de la decisión de fondo, esto es la suscripción del respectivo oficio de citación, recepción de descargos, período probatorio, nulidades, saneamientos, adopción de la decisión y el correspondiente recurso de reposición cuando haya lugar (...)"*

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

- 2.1. La sociedad portuaria MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) presentó Solicitud de Concesión Portuaria ante la Superintendencia General de Puertos mediante comunicación radicada con el N.º 0954 del 4 de Junio de 1993.
- 2.2. Mediante Resolución N.º 243 del 14 de marzo de 1994, la Superintendencia General de Puertos aprobó la Solicitud de Concesión Portuaria, presentada por la Sociedad MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA).
- 2.3. Mediante Resolución N.º 900 del 25 de agosto de 1994, la Superintendencia General de Puertos otorgó formalmente una concesión portuaria a la Sociedad Portuaria MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA).
- 2.4. Contra la Resolución N.º 900 del 25 de agosto de 1994 se interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución N.º 1156 de 30 de noviembre de 1994.
- 2.5. Mediante Resolución No. 086 del 15 de febrero de 1996 la Superintendencia General de Puertos modificó la Resolución de Otorgamiento Formal de la Concesión Portuaria No. 900 del 25 de agosto de 1994.
- 2.6. Mediante Resolución N.º 0056 del 3 de febrero de 1997, la Superintendencia General de Puertos adicionó a las Resoluciones Nros. 900 de 25 de agosto de 1996 y 086 del 15 de febrero de 1996 el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura portuaria.
- 2.7. El 12 de septiembre de 1997 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria N.º 019 (el "Contrato").
- 2.8. La cláusula primera del Contrato estableció como objeto del mismo:

"LA SUPERINTENDENCIA en virtud del presente contrato, otorga a EL CONCESIONARIO una concesión portuaria para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva un sector de playa ribereña, en longitud de 206.00 metros lineales, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquéllas o éstos, localizados en el municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico, para continuar operando unas instalaciones portuarias de servicio privado en el denominado muelle No. (sic) 3 cuyos linderos se describen en la Cláusula Segunda del presente Contrato, destinado a movilizar carga de su propiedad, consistente en materias primas para la elaboración de fertilizantes y afines procesados y empacados en su planta tales como Sales Potásicas y Sódicas, Fertilizantes Simples, Fertilizantes Fosfatados, Fertilizantes Nitrogenados, Azufre, Minerales y otros productos químicos. Los terrenos objeto de la concesión se encuentran localizados en zonas habilitadas para la actividad portuaria conforme a los Planes de Expansión Portuaria, aprobados mediante los Decretos Nos. (sic) 2147 de 1991 y 2688 de 1993. EL CONCESIONARIO podrá prestar servicios a Empresas vinculadas jurídica o económicamente con ésta, tal como lo señala el Numeral 14 del Artículo 5o. de la Ley 01 de 1991 por la cual se hace extensiva la autorización a éstas"

- 2.9. Mediante Resolución N.º 000174 del 20 de junio de 2012, se autorizó la cesión del Contrato y del Otrosí N.º 1 de la SOCIEDAD MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. a la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO GRANDE S.A.

2.10. Mediante Resolución N.º 000160 del 22 de mayo de 2014 se aprobó la cesión del Contrato y del Otrosí N.º 1, de la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO GRANDE S.A. a la SOCIEDAD PARQUES URBANOS S.A.

2.11. INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventoría del Contrato, con número de radicado CINP – 484 –073–3267 y CINP – 484 –075–3281 de fecha 1 y 2 de octubre de 2020, respectivamente, remitidas por la Subdirección de Gestión Comercial a la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA a través de las comunicaciones internas No. 202001001906 del 5 de octubre y No. 202001002186 del 3 de noviembre de 2020, puso en conocimiento el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato Concesión Portuaria 019-1997, recomendando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio por los siguientes hechos.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DE PRESUNTO INCUMPLIMIENTO CON FINES DE MULTA DE LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN PORTUARIA No. 019-1997

A. FRENTE A LA MORA EN EL PAGO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

2.12. El 22 de noviembre de 2016, Ingeniería de Proyectos S.A.S., mediante comunicado CINP-379-051- 2943 radicado en la Alcaldía Distrital de Barranquilla bajo el número EXT-QUILLA-16139366, solicitud la oficina de Gestión y Riesgo de emitir Paz y Salvo por concepto de contraprestación de los contratos de concesión portuaria al Distrito de Barranquilla.

2.13. El 29 de noviembre de 2016 la Secretaría Distrital de Hacienda de la Alcaldía de Barranquilla mediante comunicado GGI-RE-00265-16 informó que verificando el sistema de información – Rentas, la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. está en mora con el Distrito de Barranquilla por el valor correspondiente a los periodos 2014, 2015 y 2016 en la suma de COP \$599.904.887, para lo cual envió relación del estado de cuenta de los concesionarios de la jurisdicción del Distrito de Barranquilla.

2.14. El 6 de diciembre de 2016 el Concesionario envió comunicado a CORMAGDALENA de asunto “contraprestación Contrato N.º 019 de 1997” mencionando que el Contrato se encontró suspendido en dos ocasiones por periodos de dos (2) años en cada ocasión, para un total de 4 años de suspensión.

El Concesionario señaló que, durante las suspensiones, cesó cualquier obligación por parte del concesionario de realizar pago de las cuotas por concepto de contraprestación hasta cuando se reanudara la concesión.

2.15. A través de los comunicados CINP – 484 –006–2306 de fecha 15 de julio de 2020 identificado con el radicado 202002003330, y CINP – 484 –007– 2309 de fecha 16 de julio de 2020 la Interventoría solicitó los estados de cuenta tanto a CORMAGDALENA como al Distrito de Barranquilla.

2.16. El estado de cuenta de CORMAGDALENA emitido a través de comunicado 202001001828 de fecha 21 de septiembre de 2020, certifica que la deuda de la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS SA proyectada al 30 de septiembre de 2020 asciende a la suma de MIL QUINIENTOS SETENTA MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$ 1.570'557.831).

- 2.17. El 5 de agosto de 2020 la Secretaría Distrital de Hacienda de la Alcaldía de Barranquilla mediante comunicado a través de comunicado GGI-RE-DE 00178-20 informó que verificando el sistema de información – Rentas, la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. está en mora con el Distrito de Barranquilla por el valor correspondiente a los periodos 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 en la suma de COP \$1.823.748.270, para lo cual envió relación del estado de cuenta de los concesionarios de la jurisdicción del Distrito de Barranquilla.
- 2.18. El 25 de agosto de 2020 Ingeniería de Proyectos presentó a CORMAGDALENA su Diagnóstico Inicial frente al Contrato de Concesión N.º 019 de 1997. En dicho diagnóstico, después de realizar el correspondiente análisis técnico, financiero y jurídico, dicha Interventoría concluyó que la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. persiste en el incumplimiento del pago de la contraprestación.

B. FRENTE AL NO REAJUSTE/ PRÓRROGA DE PÓLIZAS

- 2.19. El 01 de septiembre de 2014 mediante comunicado 2014101647, con el asunto “Pólizas Contrato de Concesión N. (sic) 019-1997”, CORMAGDALENA solicitó al Concesionario presentar las nuevas pólizas asociadas al Contrato de manera inmediata y con carácter urgente debido a que el mismo se encontraba sin respaldo de garantías.
- 2.20. El 20 de marzo de 2015, mediante comunicado 2015100477, con el asunto “Pólizas Contrato de Concesión N.º 019-1997” la entidad envió al Concesionario el segundo recordatorio de presentación de pólizas, requiriéndolas dentro de un plazo máximo de diez (10) días contados desde el recibo del requerimiento.
- 2.21. Mediante comunicado 2016100505 del 28 de marzo de 2016 la Entidad realizó el tercer recordatorio al respecto de la presentación de pólizas, otorgando un plazo máximo de diez (10) días contados desde el recibo del requerimiento.
- 2.22. A través de comunicado 2016101067 del 20 de junio de 2016 la entidad realizó el cuarto recordatorio al respecto de la obligación que le asiste al Concesionario frente a las pólizas, otorgando un plazo máximo de diez (10) días contados desde el recibo del requerimiento.
- 2.23. Mediante comunicado 2017030000454 del 16 de febrero de 2017 CORMAGDALENA realizó el quinto recordatorio al Concesionario otorgando un plazo máximo de diez (10) días contados desde el recibo del requerimiento.
- 2.24. Sin perjuicio de lo anterior, a la fecha, el Concesionario continúa sin cumplir su obligación de reajustar y/o prorrogar las garantías o pólizas contractuales.
- 2.25. El 25 de agosto de 2020 Ingeniería de Proyectos presentó a CORMAGDALENA su Diagnóstico Inicial frente al Contrato de Concesión N.º 019 de 1997. En dicho diagnóstico, después de realizar el correspondiente análisis técnico, financiero y jurídico, dicha Interventoría concluyó que la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. persiste en el incumplimiento del reajuste y/o prórroga de pólizas.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficio de citación No. C.E OAJ No. 202003002846 del 26 de noviembre de 2020 enviado el día 4 de diciembre al concesionario a la dirección de correo

electrónico que registra en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A., expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, mediante correo certificado 472, con número de guía E36017538-S, con la finalidad que compareciera a la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 18 de diciembre de 2020 a las 10:00 A.M.

IV. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

A. Audiencia del 18 de diciembre de 2020

El día 18 de diciembre de 2020, a la hora señalada para el efecto se instaló la audiencia y se hizo referencia a las medidas contempladas por CORMAGDALENA en consideración a la situación de emergencia sanitaria y las medidas de aislamiento adoptadas por el Gobierno Nacional con ocasión del COVID-19, recordando a los asistentes las reglas implementadas por la Entidad para la participación virtual en diligencias.

Dada la inasistencia de la parte convocada, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA, procedió a dejar constancia en los siguientes términos:

“Siendo las 10:00 a.m. del día 18 de diciembre de 2020, no se hicieron presentes en la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, por el presunto incumplimiento con fines de multa de las obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria N.º 19 de 12 de septiembre de 1997, el representante o apoderado de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A.

De igual forma, se deja constancia que el día 4 de diciembre, se notificó a la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A., a la dirección de correo electrónico que consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal de la Sociedad, expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla, como dirección de notificación judicial. La citación a la Audiencia se envió a través de correo certificado 472, con número de guía E36017538-S, mediante el cual se constató que efectivamente la comunicación se entregó y fue objeto de acceso a su contenido, el mismo 4 de diciembre del 2020.”

Una vez establecido lo anterior, y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 12 de enero de 2021 a las 3:00 p.m. para la apertura del periodo probatorio.

B. Audiencia del 12 de enero de 2021

Una vez dada por agotada la etapa de descargos, en la sesión de la audiencia llevada a cabo el día 18 de diciembre de 2020, se dio apertura al periodo probatorio, dentro del cual, la Oficina Asesora Jurídica procedió a incorporar como pruebas dentro del acervo probatorio, la solicitud de apertura de Procedimiento Administrativo Sancionatorio presentado por INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria No. 019 de 1997 con número de radicado CINP – 484 – 073–3267 y CINP – 484 –075–3281 de fecha 1 y 2 de octubre de 2020, respectivamente, radicados en la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA a través de las comunicaciones internas No. 202001001906 del 5 de octubre y No. 202001002186 del 3 de noviembre de 2020.

Adicionalmente, y dada la reiterada inasistencia del concesionario, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA procedió a dejar constancia, en los siguientes términos:

“El día dieciocho (18) de diciembre de dos mil veinte (2020) a las diez de la mañana (10:00 a.m.), se llevó a cabo la instalación de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2014, por el presunto incumplimiento con fines de multa de las obligaciones del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997 y se fijó nueva fecha y hora para el día doce (12) de enero de dos mil veintiuno (2021) a las tres de la tarde (3:00 p.m.), para continuación de la misma.

Asimismo, se dejó constancia del envío de la citación a través de correo certificado 472 en debida forma, y pese a lo anterior, no se hizo presente ningún representante o apoderado de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, se le comunicó nuevamente a la Sociedad Portuaria, la fecha de reanudación de la audiencia del día de hoy, a través de comunicación No. 202003003076, de fecha 22 de diciembre de 2020 por medio de correo certificado 472, guía No. E37630229-R recibido el 31 de diciembre de 2020.”

Hecho lo anterior, se procedió, en aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 20 de enero de 2021 a las 10:00 A.M. para cerrar el período probatorio y efectuar la etapa de alegatos finales.

C. Audiencia del 20 de enero de 2021

Cerrado el periodo probatorio, en audiencia del 20 de enero de 2021, se dejó constancia que, pese a la notificación en estrado de la fecha de reanudación, así como la notificación electrónica, conforme a lo establecido en artículo 4 Decreto 491 de 2020, y el envío y recepción de la mencionada comunicación No. CE-OAJ-202103000010 la Sociedad Portuaria Parques Urbanos, su representante y/o apoderado no se hicieron presentes en la audiencia y, por lo tanto, no se presentaron alegatos de conclusión.

A continuación, se procedió, en aras a preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, a decretar la suspensión de la audiencia y señalar su reanudación para el día 1 de febrero de 2021 a las 10:00 A.M.

D. Audiencia del 1 de febrero de 2021

Teniendo en cuenta el alcance presentado por la interventoría del contrato, con fecha del 29 de enero de 2021, a su informe de Incumplimiento con fines de imposición de multa por no pago de contraprestación en al marco del Contrato de Concesión Portuaria N.º 019 de 1997– Sociedad Portuaria Parques Urbanos radicado bajo el No. 202002005008, a través del cual se hace claridad sobre: (i) las anualidades de las contraprestaciones debidas; (ii) la fecha de terminación del contrato; y (iii) se informan algunas consideraciones particulares en relación con la representación legal de la sociedad, la Oficina Asesora Jurídica consideró necesario, pertinente y útil reabrir el periodo probatorio para incorporar al procedimiento el mencionado Informe de la Interventoría INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., con número de radicado No. CINP – 484 –225– 0384 de fecha 29 de enero de 2021, el cual se incorporó en 18 folios.

A la anterior prueba decretada e incorporada, se corrió traslado a las partes para su respectiva contradicción, por el término de cinco (5) días hábiles siguientes.

En virtud de lo anterior, se suspendió la audiencia y se señaló su reanudación para el día 17 de febrero de 2021 a las 10:00 a.m., con el fin de cerrar el período probatorio y dar el espacio de alegatos finales.

Mediante comunicación radicada bajo el No. CE-OAJ-202103000177, de fecha 1 de febrero de 2021, se le informó a través de correo electrónico certificado 472, guía No. E39141162-S, al la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A, sobre el desarrollo de la audiencia y la correspondiente fecha de reanudación.

E. Audiencia del 26 de febrero de 2021

La Oficina Asesora Jurídica procedió a cerrar el periodo probatorio, y dar paso a los alegatos finales.

De igual forma, dejó constancia que, pese a la notificación en estrado sobre la fecha y hora de reanudación, así como la notificación electrónica certificada 472 sobre la reprogramación de la audiencia, en los términos del artículo 4 Decreto 491 de 2020, y el envío, recepción y acceso al contenido de las comunicaciones con número de radicados CE-OAJ-202103000177 de fecha 1 de febrero de 2021, y CE-OAJ-202103000454 de fecha 17 de febrero de 2021, con números de guía E39401982-R y E40024097-S respectivamente, mediante los cuales se informó sobre la fecha y hora de reanudación de la audiencia, la Sociedad Portuaria Parques Urbanos, su representante y/o apoderado no se hicieron presentes en la audiencia y, por lo tanto, no se presentaron alegatos de conclusión.

Se suspendió la audiencia para adoptar decisión.

V. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste a la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A., quien, a pesar de su constante inasistencia, fue vinculado en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A., con la finalidad de que el Contratista, durante el desarrollo de la audiencia, ejerciera su derecho de defensa, pudiera rendir las explicaciones del caso, aportara pruebas y contravirtiera las presentadas por la Entidad en relación con los hechos

expresados mediante el Oficio de Citación No. C.E OAJ No. 202003002846 del 26 de noviembre de 2020, enviado al Concesionario con ocasión del presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. N.º 19 de 12 de septiembre de 1997.

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 PARQUES URBANOS S.A. en virtud del contrato de concesión No. 19 de 12 de septiembre de 1997, 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 (5.3); y consideraciones finales (5.4)

5.1. EL MARCO JURÍDICO

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

5.1.1. Sobre la naturaleza jurídica de la multa

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

En este sentido, sobre la naturaleza de las multas en la contratación estatal, la alta Corporación ha sostenido lo siguiente:

*“En materia de contratación estatal, las multas constituyen una sanción pecuniaria que opera como mecanismo de apremio al contratista, tendiente a constreñirlo al exacto cumplimiento de las prestaciones a su cargo dentro de los plazos contractualmente pactados. Por esta razón, la multa debe ser impuesta durante la ejecución del contrato y cuando quiera que se presenten incumplimientos parciales o retrasos en relación con el respectivo cronograma de ejecución, pues sólo en esta forma cumple su finalidad; de tal manera que si una medida de esta naturaleza se produce por fuera del plazo contractual, ya resulta perfectamente inane desde el punto de vista del objetivo que con ella se persigue, cual es la obtención de la correcta y oportuna ejecución del objeto contractual: ‘No se trata de indemnizar o reparar un daño a través de las mismas, de manera que su imposición no exige la demostración del mismo, sino simplemente es un mecanismo sancionatorio ante la tardanza o el incumplimiento del contratista, para compelerlo a que se ponga al día en sus obligaciones y obtener así en oportunidad debida el objeto contractual’”.*²

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

² CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourt. Bogotá D.C., veinticinco (25) de agosto de 2011. Radicación número: 25000232600019930836501-01

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

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

Resulta entonces obvio que las multas pueden hacerse efectivas en vigencia del contrato y ante incumplimientos parciales en que incurra el contratista, pues si por medio de éstas lo que se busca es constreñirlo a su cumplimiento, no tendría sentido imponer una multa cuando el término de ejecución del contrato ha vencido y el incumplimiento es total y definitivo.”³

Conforme a los lineamientos jurisprudenciales antes citados, es claro entonces que la imposición de multas, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones establecidas dentro del contrato, procede solo cuando se evidencia el acaecimiento de un 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.

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

5.1.2. Sobre 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*

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)

permanente con el contratista y, sobre todo, con las obras y trabajos, así como el conocimiento exacto del avance físico, técnico, jurídico y financiero del objeto contractual”, sin que las labores del interventor lleguen al extremo de representar a la entidad como parte contratante, pues como ya se dijo, tal competencia está expresamente asignada a su máximo jefe o a quien éste se la hubiere delegado en legal forma.

El actual estatuto de contratación estatal no define el contrato de interventoría ni lo regula directamente, para lo cual se hace necesario remitirse a lo consagrado en el Ley 1474 de 2011, el anterior estatuto de contratación estatal, Decreto-Ley 222 de 1983, disponía en su artículo 120, que la entidad pública contratante debía verificar *“la ejecución y cumplimiento de los trabajos y actividades de los contratistas por medio de un interventor”* que podía ser funcionario suyo o que podía contratar la interventoría con personas naturales o jurídicas especializadas que poseyeran experiencia en la materia y que estuvieran registradas, calificadas y clasificadas como tales. Por su parte, el artículo 121 del antiguo estatuto, señalaba que en los contratos se detallarían las funciones que correspondían al interventor, entre ellas la de exigir al contratista la información que considerara necesaria.

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

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

Al respecto, resulta ilustrativo observar cómo en razón de la naturaleza de las funciones que desarrollan, el artículo 53 del Código Único Disciplinario - Ley 734 de 2002 -, norma que fue modificada posteriormente por la Ley 1474 de 2011, estableció que están sujetos al régimen disciplinario especial contenido en el Libro III de dicha ley, los particulares *“que cumplan labores de interventoría en los contratos estatales”,* disposición que la Corte Constitucional declaró exequible en providencia en la cual consideró:

“(…) para la Corte de los elementos que se desprenden de la ley resulta claro que al interventor le corresponde vigilar que el contrato se desarrolle de acuerdo con lo pactado en las condiciones técnicas y científicas que más se ajusten a su cabal desarrollo, de acuerdo con los conocimientos especializados que él posee, en razón de los cuales la administración precisamente acude a sus servicios.

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

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

aquellas que en principio solo corresponden a la Administración, al tiempo que su función se convierte en determinante para el cumplimiento de los fines de la contratación estatal.

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

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.”⁴

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

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

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

“El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación.”⁵

5.2. LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al Concesionario, toda vez que fue convocado al presente procedimiento mediante el oficio de citación No. C.E OAJ No. 202003002846 del 26 de noviembre de 2020, mediante el cual, se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, dentro del mencionado procedimiento sancionatorio se realizaron todas las gestiones tendientes para que el

⁴ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

interesado pudiera presentar 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 MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA) presentó Solicitud de Concesión Portuaria ante la Superintendencia General de Puertos mediante comunicación radicada con el N.º 0954 del 4 de Junio de 1993.
2. Mediante Resolución N.º 243 del 14 de marzo de 1994, la Superintendencia General de Puertos aprobó la Solicitud de Concesión Portuaria, presentada por la Sociedad MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA).
3. Mediante Resolución N.º 900 del 25 de agosto de 1994, la Superintendencia General de Puertos otorgó formalmente una concesión portuaria a la Sociedad Portuaria MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (EMA).
4. Contra la Resolución N.º 900 del 25 de agosto de 1994 se interpuso recurso de reposición que fue resuelto mediante Resolución N.º 1156 de 30 de noviembre de 1994.
5. Mediante Resolución No. 086 del 15 de febrero de 1996 la Superintendencia General de Puertos modificó la Resolución de Otorgamiento Formal de la Concesión Portuaria No. 900 del 25 de agosto de 1994.
6. Mediante Resolución N.º 0056 del 3 de febrero de 1997, la Superintendencia General de Puertos adicionó a las Resoluciones Nros. 900 de 25 de agosto de 1996 y 086 del 15 de febrero de 1996 el valor de la contraprestación por el uso de la infraestructura portuaria.
7. El 12 de septiembre de 1997 se suscribió el Contrato de Concesión Portuaria N.º 019 (el "Contrato").
8. La cláusula primera del Contrato estableció como objeto del mismo:

"LA SUPERINTENDENCIA en virtud del presente contrato, otorga a EL CONCESIONARIO una concesión portuaria para ocupar y utilizar en forma temporal y exclusiva un sector de playa ribereña, en longitud de 206.00 metros lineales, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquéllas o éstos, localizados en el municipio de Barranquilla, Departamento del Atlántico, para continuar operando unas instalaciones portuarias de servicio privado en el denominado muelle No. (sic) 3 cuyos linderos se describen en la Cláusula Segunda del presente Contrato, destinado a movilizar carga de su propiedad, consistente en materias primas para la elaboración de fertilizantes y afines procesados y empacados en su planta tales como Sales Potásicas y Sódicas, Fertilizantes Simples, Fertilizantes Fosfatados, Fertilizantes Nitrogenados, Azufre, Minerales y otros productos químicos. Los terrenos objeto de la concesión se encuentran localizados en zonas habilitadas para la actividad portuaria conforme a los Planes de Expansión Portuaria, aprobados mediante los Decretos Nos. (sic) 2147 de 1991 y 2688 de 1993. EL CONCESIONARIO podrá prestar servicios a Empresas vinculadas jurídica o económicamente con ésta, tal como lo señala el Numeral 14 del Artículo 5o. de la Ley 01 de 1991 por la cual se hace extensiva la autorización a éstas"

9. Mediante Resolución N.º 000174 del 20 de junio de 2012, se autorizó la cesión del Contrato y del Otrosí N.º 1 de la SOCIEDAD MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. a la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO GRANDE S.A.
10. Mediante Resolución N.º 000160 del 22 de mayo de 2014 se aprobó la cesión del Contrato y del Otrosí N.º 1, de la SOCIEDAD PORTUARIA RÍO GRANDE S.A. a la SOCIEDAD PARQUES URBANOS S.A.
11. INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventoría del Contrato, con número de radicado CINP – 484 –073–3267 y CINP – 484 –075–3281 de fecha 1 y 2 de octubre de 2020, respectivamente, remitidas por la Subdirección de Gestión Comercial a la Oficina Jurídica de CORMAGDALENA a través de las comunicaciones internas No. 202001001906 del 5 de octubre y No. 202001002186 del 3 de noviembre de 2020, puso en conocimiento de el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del contrato Concesión Portuaria 019-1997, recomendando el inicio del procedimiento administrativo sancionatorio.
12. INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventoría del Contrato, con número de radicado CINP – 484 –225– 0384 de fecha 29 de enero de 2021, dio alcance al informe de Incumplimiento con fines de imposición de multa por no pago de contraprestación en al marco del Contrato de Concesión Portuaria N.º 019 de 1997.

5.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento con fines de multa de las Obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 19 de 12 de septiembre de 1997, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

“La SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. no ha realizado el pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 18, 19 y 20, incumpliendo así la obligación contenida en las Cláusulas Décima y Décima Primera del Contrato de Concesión Portuaria. (...)

La SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. no ha reajustado y/o prorrogado las pólizas o garantías contractuales, incumpliendo así la obligación contenida en las Cláusulas Séptima y Décima Primera del Contrato de Concesión Portuaria.”

Esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para declarar la imposición de multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato No. 19 de 1997, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento por parte de la Sociedad PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A. en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se determinará si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia.

5.3.1. Frente al no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 17, 18, 19 y 20

La Cláusula Décima del Contrato de Concesión No. 19 de 1997, se refiere a la contraprestación en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA. - CONTRAPRESTACIÓN Y VALOR DEL CONTRATO. A partir del perfeccionamiento del presente contrato EL CONCESIONARIO pagará por la

14

ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de las playas ribereñas, terrenos y zonas accesorias a aquéllas o éstos, otorgadas en concesión con base en un período de veinte (20) años incluida la Tasa de Vigilancia Ambiental, la suma de OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL TRESCIENTOS TREINTA DÓLARES CON 04/100 DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMÉRICA (US \$841.330.04) a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del correspondiente Contrato de Concesión, y liquidados a la Tasa Representativa del Mercado del día del pago; o veinte (20) cuotas de CIENTO DIEZ Y SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS DÓLARES CON 20/100 DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$117.786.20) incluida la Tasa de Vigilancia Ambiental, liquidados a la Tasa Representativa del Mercado del día del pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha del perfeccionamiento del Contrato Estatal de Concesión Portuaria. Del valor de la contraprestación, descontando el valor de la Tasa de Vigilancia Ambiental que corresponde a SEIS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$6.000.00), el 80% será para la Nación y el 20% para el Municipio de Barranquilla, Atlántico, de conformidad con el Artículo 7 de la Ley 01 de 1991. adicionalmente la Sociedad MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (E.M.A) - MUELLE No. 3, por el Uso de la Infraestructura Portuaria pagará la suma de VEINTIÚN MIL CINCUENTA X CUATRO DÓLARES CON 56/100 DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$21.054.56) a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes al perfeccionamiento del Contrato Estatal de Concesión Portuaria, liquidados a la Tasa Representativa del Mercado del día de pago o; veinte (20) cuotas de DOS MIL OCHOCIENTOS VEINTIOCHO DÓLARES CON 76/100 DE DÓLAR DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$2.828.76), en la misma forma y oportunidad en que se realiza el pago de la contraprestación por el uso y goce de las playas ribereñas, terrenos y zonas accesorias a aquéllas o éstos. PARÁGRAFO: Las contraprestaciones por el uso y goce temporal y exclusivo de las zonas de uso público, las recibirá la Nación a través del Instituto Nacional de Vías - INVIAS, incorporándose a los ingresos propios de esa entidad, de conformidad con lo previsto en el Artículo 1 de la Ley 856 del 21 de diciembre de 2003, que modificó el Artículo 7 de la Ley 01 de 1991.” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En consonancia con lo anterior, el numeral 1 de la Cláusula Décima Primera del Contrato de Concesión Portuaria establece que es obligación del Concesionario pagar la contraprestación, en los siguientes términos:

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA – 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 las siguientes: 11.1 **Pagar la contraprestación a que se refiere la Cláusula Décima de este Contrato y la Tasa de Vigilancia Portuaria que para el efecto establezca.**” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De lo anterior se evidencia la obligación contractual en cabeza del Concesionario de pagar la contraprestación por la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de las áreas de terreno entregadas en concesión, en virtud del contrato No. 019 de 1997.

En atención a los informes de interventoría con número de radicado CINP – 484 –073–3267 y CINP – 484 –075–3281 de fecha 1 y 2 de octubre de 2020, respectivamente, radicados en la Oficina Asesora Jurídica de CORMAGDALENA a través de las comunicaciones internas No. 202001001906 del 5 de octubre y No. 202001002186 del 3 de noviembre de 2020, así como el alcance a los informes, con número de radicado CINP – 484 –225– 0384 del 29 de enero de 2021, la Interventoría INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S, concluyó que:

“(…) que el informe de incumplimiento al amparo del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 con numero de radicado 202002005008 solo recae sobre el incumplimiento del pago de la contraprestación de las anualidades 17, 18, 19 y 20 ante Cormagdalena.

Anualidad de contraprestación incumplida	Documento de incumplimiento	Hace parte del presente informe de incumplimiento
16 (12 de septiembre de 2016 - 11 de septiembre de 2017)	Declaratoria de incumplimiento mediante la imposición de multa con Resolución 148 de 23 de mayo de 2019.	NO
17 (12 de septiembre de 2017 - 11 de septiembre de 2018)	Informe de incumplimiento al amparo del artículo 86 identificado con No. de radicado 202002005008 con alcance aclaratorio mediante el presente documento.	SI
18 (12 de septiembre de 2018 - 11 de septiembre de 2019)		
19 (12 de septiembre de 2019 - 11 de septiembre de 2020)		
19 (12 de septiembre de 2020 - 23 de mayo de 2020)		

Fuente: informe de interventoría CINP – 484 –225– 0384

Sin perjuicio de lo anterior, la también Interventoría dejó constancia en su informe, que el 20 de octubre de 2016 mediante comunicado radicado en Cormagdalena, ese mismo día con N.º 2016304623, con el asunto “solicitud de medida para proteger la Concesión N.º 19 de 1997”, el Concesionario comentó los siguientes aspectos:

“En virtud de la concesión otorgada por la otrora Superintendencia General de Puertos, según la Resolución No 900 del 25 de agosto de 1994, estamos ubicados en la margen occidental del Río Magdalena, en el sector de Las Flores y somos colindantes con el predio de la Armada Nacional y con aquel entregado en concesión a la Sociedad Portuaria Marinas del Caribe S.A.

Como titulares de la concesión, hemos enfocado nuestros esfuerzos y recursos en mantener tenencia pacífica del inmueble concesionado y en su mejoramiento para prepararlo para desarrollar las actividades de nuestro proyecto portuario, pensando además en facilitar las operaciones logísticas de Colombia para promover el desarrollo de operaciones de comercio exterior, tal como lo ha identificado la Dirección Nacional de Planeación (DNP).

Entre esos esfuerzos y recursos se incluyen:

- (i) Contratación de seguridad.*
- (ii) Adecuación preliminar de suelos.*
- (iii) Cerramiento provisional alrededor del perímetro concesionado.*
- (iv) Pago de derechos que corresponden legalmente*
- (v) Labores administrativas de planeación de negocios*

Es por ello que nos preocupa tremendamente la situación que se presentó el pasado 18 de octubre de 2016 cuando la DIMAR ingreso intempestivamente en la zona que nos fue concesionada, indicando que eran los propietarios del inmueble, lo cual no es posible legalmente, sino que además vulnera nuestro derecho como concesionarios. En ese ingreso mencionado participó el Teniente Manuel Gutiérrez junto con dos soldados, según el registro fotográfico adjunto.

Así las cosas, y como responsables del área concesionada nos vemos en la necesidad de participarlos en esta situación en la que estamos involucrados en la cual se está impidiendo el uso y goce legal que de manera exclusiva nos fue otorgado sobre la zona que nos encontramos adecuando para el desarrollo de nuestro proyecto portuario, pues actuaciones como las desplegadas por la DIMAR exponen negativamente nuestros



esfuerzo (sic) actuales y futuros para el desarrollo de negocios y una Colombia próspera (sic).

Con fin de solucionar pacíficamente la situación presentada, como única alternativa en tiempos de paz en los que nos encontramos, hemos intentado dialogar directamente con funcionarios de la DIMAR a fin de ilustrarles con información adecuada, de la que al parecer carecen, sin que hasta la fecha se nos haya asignado una cita para ser atendidos. Consideramos son (sic) embargo, que lo anterior no será suficiente para superar el inconveniente advertido, razón por la cual acudimos a usted, como representante de la autoridad encargada de administrar el bien público.

En concordancia con su política pública sobre el desarrollo de los puertos, principalmente en la zona de ribera del Río Magdalena, quedamos muy atentos con sus comentarios y a las gestiones que pueda adelantar desde la entidad que usted representa, con el fin de recobrar el uso y goce pacífico (sic) del inmueble concesionado en los acordados en el contrato de la referencia.

No sobra advertir que tenemos un ánimo conciliatorio en pro de una convivencia pacífica que nos permita el desarrollo de las actividades en beneficio del país, y particularmente de las partes involucradas en esta situación”.

Aunque no fue directamente alegado por la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A, en aras de realizar un análisis exhaustivo sobre la responsabilidad de la Sociedad Portuaria frente al incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de concesión No. 19 de 1997, este Despacho considera pertinente analizar las causas que, según consta en el acervo probatorio, dieron lugar al incumplimiento contractual.

Así las cosas, tal y como consta en los hechos que dieron lugar a la presente actuación administrativa, a través de la comunicación enviada a CORMAGDALEA el contratista dejó constancia que, a partir del 18 de octubre del 2016, la DIMAR “(...) *ingreso intempestivamente en la zona que [les] fue concesionada, indicando que eran los propietarios del inmueble, lo cual no es posible legalmente, sino que además [vulneró sus derechos] como concesionarios.*”

Si bien este Despacho no controvierte el hecho anteriormente mencionado, para esta Oficina Asesora Jurídica no es claro que efectivamente la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A haya desplegado todas las acciones tendientes y encaminadas a resolver la situación con la DIMAR sobre la ocupación del inmueble concesionado, con el fin de dar cabal cumplimiento a sus obligaciones contractuales. Situación, que como se demostrará a continuación, resulta relevante para decidir sobre la responsabilidad de la mencionada sociedad portuaria.

Así entonces, como primera medida, para este Despacho es importante destacar la importancia del contrato de concesión portuaria, es así como el artículo 1 de la ley 1 de 1991, “por la cual se expide el Estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones”, dispone: “(...) **La creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos, dentro de las condiciones previstas en esta Ley, son de interés público.** (...)” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Ahora bien, sobre la responsabilidad de los contratistas, el artículo 52 de la ley 80, establece: “**Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley.**” (Subraya y negrilla fuera de texto)

Siguiendo este mismo orden de ideas, en relación con la culpa en los contratos estatales, el Consejo de Estado se ha pronunciado al respecto, en los siguientes términos:

*“(…) la culpabilidad comprende un principio de atribuibilidad, es decir que debe constatarse que los hechos se cometieron a título de dolo o culpa. En principio podría pensarse que se trata de una aplicación idéntica a la realizada en el derecho penal, no obstante, al igual que ocurre con los restantes componentes de la infracción (tipicidad y antijuridicidad) **es necesario compatibilizar la garantía reconocida en cabeza del ciudadano con el interés público o colectivo que gestiona el aparato administrativo, ecuación que sólo puede conducir a una matización de la construcción penalista y a la identificación de reglas claras que aporten sustantividad al derecho administrativo sancionatorio.***

(…)

*En el derecho administrativo sancionador la relación expuesta se invierte al ser la culpa el centro alrededor del cual gravita su construcción. Así las cosas, se responde en primer lugar por la falta al deber objetivo de cuidado y el dolo, en caso de constatarse, se desplaza al momento en el que la autoridad realiza la labor de adecuación de la sanción; es decir, que su presencia y constatación hace mas gravoso el castigo a imponer, de allí que la doctrina sostenga: “...**la acción imprudente constituye el punto de partida originario de las prohibiciones jurídico-administrativas, la realización dolosa del hecho es un hecho derivado que presupone que aquel no se cometió de forma imprudente. Hasta el punto de que en este ámbito punitivo se incrimina la imprudencia en toda su extensión, esto es, desde la culpa levísima hasta la imprudencia temeraria.***

(…)

*Al ser la culpa el centro gravitacional de la construcción del elemento subjetivo del ilícito administrativo, **se puede concluir que la declaratoria de responsabilidad sancionatoria se obtiene como regla general de la constatación de la violación del deber objetivo de cuidado,** de allí que aquello que mas se castiga sean comportamientos imprudentes (acciones positivas que implican sobrepasar el contenido de las obligaciones contenidas en la legalidad administrativa. Se trata de extralimitaciones), **negligentes (contrarios a la diligencia que se demanda en cada caso concreto a través de un dejar hacer o del incumplimiento de alguna de las obligaciones que sirven de límite a su actuar)** o imperitos (desconocimiento de las normas y reglas que rigen la actividad y profesión en la que se desenvuelve el individuo.”⁶ (negrilla y subraya fuera de texto)*

Aunado lo anterior, y simplemente a modo ilustrativo para definir la culpa del contratista en el caso que nos ocupa, resulta pertinente mencionar que, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha acotado el juicio de moralidad administrativa a los siguientes criterios objetivos⁷:

“(…)

Esta Corporación ha abordado la moralidad administrativa desde diferentes ángulos:

i) Acudiendo al método histórico se ha acudido a los antecedentes de la ley que regula la acción popular, para poner de presente que en uno de los proyectos se definía expresamente la moralidad administrativa en los siguientes términos:

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero, (22) de octubre de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-24-000-1996-0680-01 (20738).

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera-Subsección A, sentencia del 17 de noviembre de 2011, consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 08001-23-31-000-2003-00586-01(AP).

"Se entiende por moralidad administrativa el derecho que tiene la comunidad a que el patrimonio público sea manejado de acuerdo con la legislación vigente, con la diligencia y cuidado propios de un buen funcionario".⁸

ii) Desde una perspectiva teleológica, ha sostenido que la determinación de lo que debe entenderse por moralidad ha de referirse a la finalidad que inspira la actividad de la Administración (acto, contrato⁹, omisión, etc.). Desde esta perspectiva, ha de considerarse como contraria a la moralidad administrativa toda actuación que no responda al interés de la colectividad y específicamente, al desarrollo de los fines que se buscan con las facultades concedidas al funcionario que lo ejecuta. (...)"

iii) Desde su acepción constitucional, se ha destacado que la *moralidad no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos, sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad, en un momento dado, espera de quienes manejan los recursos de la comunidad y que no puede ser otro que el de diligencia, cuidado, absoluta transparencia, pulcritud y honestidad*.¹⁰

(...)"

Para el caso en concreto, y de acuerdo con los postulados del Consejo de Estado, anteriormente mencionados, para esta Oficina Asesora Jurídica, la simple notificación de la Sociedad Portuaria Parques Urbanos a CORMAGDALENA sobre la ocupación "ilegitima" de la DIMAR en el inmueble que le fue concesionado, no se considera el comportamiento esperado que *los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios*. Dado el impacto macroeconómico, así como sus consecuencias en el bienestar de la población, del proyecto que se pretendía desarrollar en virtud del contrato No. 19 de 1997, se esperaba que el concesionario, al menos, realizara actuaciones o iniciativas de carácter administrativo o policivo que le permitieran a este Despacho inferir que efectivamente se tomaron o gestionaron todas las medidas que se encontraban al alcance del concesionario para dar cumplimiento a sus obligaciones contractuales, así como a los fines del Estado.

Sin perjuicio de lo anterior, para este Despacho también es importante considerar la mora en las obligaciones en el pago de las contraprestaciones debidas, así como en la actualización y/o renovación de las garantías contractuales, para el momento de la ocurrencia de los hechos alegados por el concesionario. Así las cosas, esta oficina Asesora Jurídica coincide con la posición de la interventoría del contrato, manifestada a través de comunicación del 13 de abril de 2020, con radicado No. CCM-317-RL, en la cual se indica que no es dable pretender alegar causales de exoneración de responsabilidad en relación con el incumplimiento contractual, por la ocupación "intempestiva" de la DIMAR del inmueble concesionado, cuando las obligaciones se encontraban incumplidas desde mucho antes del acaecimiento del evento potencialmente eximente de responsabilidad, de acuerdo con o establecido en el artículo 1604 del Código Civil, el cual dispone: "(...) *El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso*

⁸ [Cita del texto transcrito:] "Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia AP-0007 de 20 de junio de 2002. en el mismo sentido: Sección Primera, Consejero Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, sentencia ap-0446 de 24 de octubre de 2002, actor: Jorge Alberto Javier Correal, demandado: Lotería del Meta".

⁹ De acuerdo con el estatuto de contratación, los fines de la contratación estatal implican que, con ella, los funcionarios deben buscar 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. art. 3° ley 80 de 1993.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-046 de 10 de febrero de 1994. M.P: Eduardo Cifuentes Muñoz.

fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregada al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.”

De acuerdo con lo anteriormente establecido, así como con lo dispuesto en el párrafo tercero del artículo 1640 del Código Civil, el cual establece que, “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”, se deja constancia que dentro del presente procedimiento administrativo sancionatorio, el concesionario no allegó prueba, siquiera sumaria, sobre la diligencia que ha debido emplear en desarrollo del contrato que le fue concesionado, ni tampoco allegó prueba alguna que pueda considerarse un eximente de la responsabilidad, para el caso bajo estudio.

Así pues, este Despacho considera que, en el incumplimiento de las obligaciones en el pago de las contraprestaciones debidas por la sociedad portuaria: (i) la simple notificación sobre lo acontecido con la DIMAR no desvirtúa la culpa del concesionario en el pago de las contraprestaciones debidas, máxime cuando la debida ejecución de las obligaciones contractuales tiene incidencia en la satisfacción de un interés público; y (ii) no es posible eximir al concesionario de su obligación por el presunto acaecimiento de un caso fortuito o fuerza mayor, toda vez que para que la fuerza mayor o el caso fortuito liberen de responsabilidad al deudor, éste no debió haberse constituido en mora antes de presentarse el hecho que puede dar cabida a la teoría de la imprevisión,¹¹ lo cual, no sucedió en el caso concreto de la concesión otorgada a la sociedad Parques Urbanos S.A.

En desarrollo de todo lo anteriormente mencionado, vale resaltar que tal y como lo ha establecido en reiterada jurisprudencia el Consejo de Estado, el interés público que se pretende satisfacer, de manera general, en los contratos de concesión (esto incluye los contratos de concesión portuaria) es superior al de los demás contratos estatales y, por lo tanto, la responsabilidad que de los mismos se despliega, amerita mayor severidad en el análisis sobre la culpabilidad del contratista. Entonces, si bien es cierto que la sociedad portuaria Parques Urbanos S.A. es un particular colaborador de la administración, también es cierto que las contraprestaciones a las que se obligó en virtud del contrato de concesión No. 019 de 1997, tienen incidencia en lo colectivo, cuya tutela es prioritaria para el Estado y los intereses públicos de los administrados.

Con base en lo anterior, concluye este Despacho que la ocupación de la DIMAR en el inmueble concesionado, no exonera a la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A. de su responsabilidad en el no pago de las contraprestaciones correspondientes a las anualidades 17, 18, 19 y 20, toda vez que, tal y como se planteó anteriormente, el Contratista no demostró haber obrado con la diligencia y cuidados propios de un hombre de negocios, ni mucho menos haber gestionado todas aquellas actuaciones que le correspondían en virtud de lo establecido en el artículo 16 de la ley 1 de 1991¹², según la

¹¹ CÓDIGO CIVIL. “Artículo 1735. Perdida de la cosa hurtada o robada. Al que ha hurtado o robado un cuerpo cierto, no le será permitido alegar que la cosa ha perecido por caso fortuito, aún de aquellos que habrían producido la destrucción o pérdida del cuerpo cierto en poder del acreedor”.

¹² Artículo 16 de la Ley 1 de 1991: Artículo 16. “Expropiación y aporte de terrenos aledaños. Se declara de interés público la adquisición de los predios de propiedad privada necesarios para establecer puertos. Si la sociedad a la que se otorga una concesión portuaria no es dueña de tales predios, deberá iniciar conversaciones con las personas que aparezcan como titulares de derechos reales sobre ellos, para conseguir que voluntariamente los vendan o aporten a la sociedad. Transcurridos treinta días a partir del momento en el que se comunicó a los titulares de derechos reales la intención de negociar con ellos, si la negociación no ha sido posible, se considerará fracasada y la Nación, a través del Superintendente General de Puertos, o

cual, es responsabilidad del concesionario la gestión de la adquisición de los inmuebles sobre los cuales pretende desarrollar el proyecto portuario.

Por otra parte, se considera importante resaltar que, la cláusula décima del contrato, contraprestación y valor del contrato, establece: “(...) *Del valor de la contraprestación, descontando el valor de la Tasa de Vigilancia Ambiental que corresponde a SEIS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US \$6.000.00), el 80% será para la Nación y el 20% para el Municipio de Barranquilla, Atlántico, de conformidad con el Artículo 7 de la Ley 01 de 1991. (...)*. Así las cosas, dentro de las pruebas que obran en el expediente del procedimiento administrativo sancionatorio, se encuentra el “*estado de cuenta del pago de la contraprestación de DISTRITO con corte a 5 de agosto de 2020*”, según el cual, la Sociedad Portuaria Parques Urbanos S.A., adeuda a favor del Distrito de Barranquilla la suma de COP. \$1.823.748.720 correspondiente al periodo comprendido entre el año 2014 al año 2020.

Así las cosas, reitera este Despacho que la simple notificación del hecho sobre la ocupación del inmueble a Cormagdalena, por parte de la DIMAR, no alcanza a demostrar que el concesionario efectivamente realizó todas las gestiones que legalmente encontraban a su alcance para superar el percance presentado. Por ejemplo, la sociedad concesionaria no allegó prueba sobre la afectiva interposición de acciones legales o administrativas, ante las autoridades competentes para recuperar la tenencia del inmueble.

Sumado a lo anterior, resulta reprochable para este Despacho la desatención y actitud pasiva por parte del concesionario, que incluso se ve reflejada en las constantes omisivas que ha tenido frente a los requerimientos de la Subdirección de Gestión Comercial de la Corporación para llegar a posibles acuerdos sobre los incumplimientos de las obligaciones contractuales, comportamiento que, se ha visto agravado con la inasistencia injustificada y falta de interés por parte del contratista dentro del desarrollo de la presente actuación administrativa.¹³

cualquier entidad pública capacitada legalmente para ser socia de una sociedad portuaria, podrá expedir un acto administrativo y ordenar la expropiación.”

¹³ El día 4 de diciembre de 2020, se notificó por correo certificado 472, guía No. E36017538-S, la citación de la audiencia artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 – Por el Presunto Incumplimiento con fines de multa de las obligaciones del contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997. En el mencionado certificado consta que tal notificación se entregó y recibió el mismo 4 de diciembre a la dirección de correo electrónico que consta como de notificación judicial en el certificado de existencia y representación legal de la sociedad portuaria. Asimismo, en la misma fecha, esto es, el 4 de diciembre el destinatario del correo electrónico tuvo acceso a su contenido.

El día 31 de diciembre de 2020, se notificó al mismo correo electrónico del concesionario a través de correo certificado 472, guía No. E37630229-R, sobre la reanudación de audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997. En la mencionada guía consta que el correo fue entregado, recibido y objeto de acceso a su contenido por parte del destinatario, el mismo 31 de diciembre de 2020.

El día 13 de enero de 2021, se notificó al mismo correo electrónico del concesionario a través de correo certificado 472, guía No. E38036006-S, sobre la reanudación de audiencia de procedimiento administrativo sancionatorio contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997. En la mencionada guía consta que el correo fue entregado y recibido el mismo 13 de enero y que fue objeto de acceso a su contenido por parte del destinatario, el 14 de enero de 2021.

El día 21 de enero de 2021, se notificó al mismo correo electrónico del concesionario a través de correo certificado 472, guía No. E38449184-S, sobre la reanudación de audiencia de procedimiento administrativo

21

5.3.2. Frente al incumplimiento del contratista en el reajuste y/o prórroga de las pólizas o garantías contractuales

La Cláusula Séptima del Contrato de Concesión Portuaria, establece que el Concesionario debe mantener actualizadas las vigencias y el monto de los amparos de las garantías expedidas con ocasión de la suscripción del contrato de concesión, en los siguientes términos:

“CLAUSULA SÉPTIMA. GARANTÍAS: 7.1 CLAUSULA SÉPTIMA. GARANTÍAS: 7.1. Para garantizar el presente contrato **EL CONCESIONARIO** ha constituido y **LA SUPERINTENDENCIA** ha aprobado, las siguientes garantías, teniendo en cuenta que de acuerdo a la solicitud presentada por la Sociedad **MONÓMEROS COLOMBO VENEZOLANOS S.A. (E.M.A)**, el valor estimado de las obras civiles realizadas es de CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$155.000.000.00) MONEDA LEGAL. Una vez aplicados los mecanismos que fije la Superintendencia General de Puertos para determinar el valor definitivo de las obras civiles. **EL CONCESIONARIO** deberá reajustar las cuantías de las pólizas de tal manera que cumplan con los porcentajes al efecto fijados. **7.1.1. GARANTÍA DE CUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES GENERALES DE LA CONCESIÓN.** Por medio de la cual se le garantiza a la Nación a través de la Superintendencia General de Puertos, que **EL CONCESIONARIO** ocupará y usará los terrenos dados en concesión y ejercerá las actividades autorizadas en debida forma y dará cumplimiento a todas sus obligaciones en especial las relacionadas con el pago de la Contraprestación, Tasa de Vigilancia, el Mantenimiento de las Inversiones Portuarias y la reversión, de acuerdo con la ley, con las Resoluciones de Aprobación y de Otorgamiento Formal de la Concesión, con el Contrato Estatal de Concesión y con las Reglamentaciones Generales del Puerto expedidas por la Superintendencia General de Puertos, en cuantía del DOS PUNTO CINCO POR CIENTO (2.5%) del valor de las inversiones para las obras que se autorizan realizar al CONCESIONARIO, o sea la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$3.875.000.00) MONEDA LEGAL, sin que supere la cantidad equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos mensuales, con una vigencia igual al término de la concesión y seis (6) meses más y en caso de ampliación, deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso, por el mismo término y seis (6) meses más. Se expedirá por periodos de cinco (5) años y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de manera que se garantice la totalidad del término señalado y seis (6) meses más. **EL CONCESIONARIO** constituyó dicha garantía con la póliza No.CU-183493 expedida el 29 de noviembre de 1994 por la Compañía Latinoamericana de Seguros S.A., por una cuantía de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$3.875.000.00) MONEDA LEGAL, y una vigencia de 5 años, contados a partir del 28 de noviembre de 1994, hasta el 28 de noviembre de 1999. **7.1.2. GARANTÍA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.** Por medio de ésta, se le garantiza a la Nación a través de la Superintendencia General de Puertos, el pago de la indemnización, como consecuencia, o con ocasión de daños causados a operadores portuarios, titulares de mercancías y bienes y derechos de terceros, en que incurra el concesionario. La cuantía del seguro será del DOS PUNTO CINCO POR CIENTO (2.5%) del valor de las inversiones para las obras que se autoricen realizar a EL CONCESIONARIO, o sea la suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$3.875.000.00) MONEDA LEGAL, el término de duración del seguro será igual al tiempo de duración de la Concesión y seis (6) meses más y en caso de ampliación deberá ser prorrogada o reajustada, según el caso por el mismo término y seis (6) meses más. Se expedirá por periodos de cinco (5) años y deberá prorrogarse en cada vencimiento, de manera que se garantice la totalidad del término señalado y seis (6) meses más. **EI CONCESIONARIO** constituyó dicha garantía con la póliza N°.907680-P, expedida el 28 de

sancionatorio contrato de concesión portuaria No. 019 de 1997. En la mencionada guía consta que el correo fue entregado y recibido el mismo 21 de enero y que fue objeto de acceso a su contenido por parte del destinatario, el 22 de enero de 2021.

noviembre de 1994 y el Certificado de Modificación anexo a la misma No. 922382 de fecha 29 de noviembre de 1994, con una cuantía de TRES MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL PESOS (\$3.875.000.00) MONEDA LEGAL y con una vigencia de cinco (5) años contados a partir del 28 de noviembre de 1994, hasta el 28 de noviembre de 1999. **7.2. EL CONCESIONARIO deberá constituir adicionalmente la siguiente garantía, dentro de los cinco (5) días contados a partir de la fecha de suscripción del presente Contrato Estatal de Concesión Portuaria. 7.2.1. GARANTÍA PARA EL PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES DEL PERSONAL.** Por medio de la cual se le garantiza a la Nación a través de la Superintendencia General de Puertos, que el CONCESIONARIO pagará los salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones a que haya lugar. La cuantía es de DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total del Contrato y sus adicciones, si ello ha sido procedente. El término de la garantía será igual al término de la duración de la concesión y tres (3) años más y en caso de ampliación deberá ser prorrogada o reajustada según el caso, por el mismo término y tres (3) años más. 7.3. EL CONCESIONARIO deberá cumplir con todos los requisitos para conservar vigentes las Garantías exigidas y será de su cargo el pago oportuno de la prima y demás costos de constitución y de auditoría de las mismas”.

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

“CLÁUSULA DÉCIMA PRIMERA – 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 (...) 11.13. Constituir y mantener vigentes las pólizas que se constituyan en desarrollo de este contrato y reponer su monto cada vez que se disminuya o agote, de oficio o a solicitud de LA SUPERINTENDENCIA”. (Negritas fuera de texto).

De lo anterior, se evidencia la obligación contractual en cabeza del Concesionario de mantener actualizadas las garantías o pólizas contractuales. Este Despacho advierte que no obró prueba en este proceso acerca de la presentación y/o actualización de las pólizas y garantías contractuales a Cormagdalena. De esta manera, se concluye que el contratista concesionado no acreditó su obligación de mantener vigentes las pólizas que se constituyeron en desarrollo del contrato.

Este Despacho, al igual que en el punto anterior, considera que no es procedente justificar el incumplimiento contractual con la no ejecución del objeto contractual, como quiera que no se probaron dentro del proceso, elementos de juicio suficientes que acrediten la real voluntad del contratista para cumplir con los fines sociales que le fueron encomendados en virtud del contrato de concesión, ni tampoco hechos susceptibles a ser considerados como eximentes de la responsabilidad.

De igual forma, y al igual que en el punto anterior, este Despacho considera que al ser el contrato ley para las partes, la notificación sobre la ocupación del inmueble concesionado por parte de la DIMAR, no exonera de responsabilidad al concesionario de sus obligaciones contractuales, por lo cual se despacha de la misma manera por sustracción de materia.

Conforme a lo anterior, se dará paso a las consideraciones finales.

5.4. CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que en el presente caso hay lugar a declarar el incumplimiento parcial del Concesión Portuaria N.º 19 de 12 de septiembre de 1997, suscrito entre

CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA – CORMAGDALENA- y la SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A., y en consecuencia, imponer la sanción consistente en multa, en relación a los incumplimientos por (i) el no pago de la contraprestación correspondiente a las anualidades 18, 19 y 20, incumpliendo así la obligación contenida en las Cláusulas Décima y Décima Primera del Contrato de Concesión Portuaria; y (ii) el no reajuste y/o prórroga de las pólizas o garantías contractuales, incumpliendo así la obligación contenida en las Cláusulas Séptima y Décima Primera del Contrato de Concesión Portuaria, en los términos de los oficios de citación presentados por INGENIERÍA DE PROYECTOS S.A.S., en calidad de Interventoría del Contrato de Concesión Portuaria, con número de radicado CINP – 484 – 073–3267 y CINP – 484 –075–3281 de fecha 1 y 2 de octubre de 2020, respectivamente, radicados en la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena a través de las comunicaciones internas No. 202001001906 del 5 de octubre y No. 202001002186 del 3 de noviembre de 2020 y mediante el anclase de fecha 29 de enero de 2021, con radicado CINP – 484 –225–0384.

En consecuencia, y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones particularmente el informe de la interventoría presentado a través de los radicados anteriormente enunciados y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 19 DE 12 DE SEPTIEMBRE DE 1997 Y SE IMPONE MULTA A LA SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.,** conforme el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

5.5. TASACIÓN DE LA MULTA.

La Cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión Portuaria N.º 19 de 12 de septiembre de 1997, establece:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA. - 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 los ingresos del mes inmediatamente anterior a aquél en el cual se impone la multa, de conformidad con el Artículo 42o. de la Ley 01 de 1991. 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. Si éste, no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones previstas por el Artículo 41o. de la Ley 01 de 1991, y el Decreto Reglamentario 1002 de 1993. Contra la resolución que impone la multa procede el recurso de reposición, de conformidad con el Artículo 42o. de la citada Ley. PARÁGRAFO. En el evento que no sea posible la aplicación de la multa establecida en la Cláusula precedente, se cobrará por concepto de intereses moratorios la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado de conformidad con el inciso 2o. del numeral 8o. del Artículo 4o. De la Ley 80 de 1993. EL CONCESIONARIO renuncia a los requerimientos de Ley para ser constituido en mora” (Negrillas y subrayas fuera de texto).

En ese orden ideas, y considerando que el contratista no ha reportado ingresos, conforme se demostró a lo largo de la presente Resolución, el incumplimiento del contratista se encuentra constatado, razón por la cual este Despacho procede a imponer una sanción de económica de **cero pesos** (COP. \$ 0), resultantes de la dosificación de la mora en cumplimiento de la obligación con base en la siguiente fórmula aritmética:

Multa (M):	M= IB * días de mora
Ingresos Brutos diarios (IB)	IB=0
Día de mora:	1471 días
	0* 1471 = \$0

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato No. 19 de 12 de septiembre de 1997, por parte de **LA SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.**, identificada con el Número de Identificación Tributaria (NIT) 901.020.871 – 2, de conformidad con las consideraciones expuestas, en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** la sanción consistente en multa, a **LA SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.**, identificada con el Número de Identificación Tributaria (NIT) 901.020.871 – 2 , correspondiente a la suma de **CERO PESOS (COL. \$0)**.

ARTÍCULO TERCERO: CONMINAR a la **SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.**, identificada con el Número de Identificación Tributaria (NIT) 901.020.871 – 2 a cumplir, en la mayor brevedad posible, con las obligaciones consistentes en el pago de las contraprestaciones por las anualidades debidas 17, 18, 19 y 20 y a reajustar y/o prorrogar las garantías contractuales.

ARTÍCULO CUARTO: CONMINAR a la **SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.**, identificada con el Número de Identificación Tributaria (NIT) 901.020.871 – 2 a cumplir, en la mayor brevedad posible, con las obligaciones consistentes en el pago de las contraprestaciones correspondiente a los periodos 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, al Distrito de Barranquilla.

ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR la presente Resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de **LA SOCIEDAD PORTUARIA PARQUES URBANOS S.A.**, identificada con el Número de Identificación Tributaria (NIT) 901.020.871 – 2.

ARTICULO SEXTO: La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser comunicada a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Sistema

Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.


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


NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los 26 días del mes de marzo de 2021.



DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Alexandra Donado-Abogada OGE 

Revisó: Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ 

Revisó: OMAA S.A.S. 