

**RESOLUCIÓN No. 000197
(12 DE JULIO DE 2021)**

«Por la cual se declara el incumplimiento grave y caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 del 21 de agosto de 1998 suscrito entre la Superintendencia General de Puertos y la SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A»

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

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

CONSIDERANDO

1. COMPETENCIA

- 1.1. Que el artículo 3º de la Ley 80 de 1993, establece como fines de la contratación Estatal, que "(...) los servidores públicos tendrán en consideración que al celebrar contratos y con la ejecución de los mismos, las entidades buscan el cumplimiento de los fines estatales, la continua y eficiente prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados que colaboran con ellas en la consecución de dichos fines (...)".
- 1.2. Que, en concordancia con lo anterior, los numerales 1º y 2º del artículo 4º de la Ley 80 de 1993, establecen respectivamente lo siguiente: "(...) para la consecución de los fines de que trata el artículo anterior, las entidades estatales: 1º: Exigirán del contratista la ejecución idónea y oportuna del objeto contratado. Igual exigencia podrá hacerse al garante, 2º: Adelantarán las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar (...)".
- 1.3. Que el numeral 2º del artículo 5º de la Ley 80 de 1993, establece, que para la realización de los fines de la contratación estatal, los contratistas "colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea 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".

- 1.4. Que, el artículo 18 de la ley 80 de 1990 establece que "*la caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre*".
 - 1.5. Que el artículo 23 de la Ley 80 de 1993, en relación con los principios que rigen las actuaciones contractuales de las entidades estatales, dispone que: "*las actuaciones de quienes intervengan en la contratación estatal se desarrollarán con arreglo a los principios de transparencia, economía y responsabilidad y de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, se aplicarán en las mismas, las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del Derecho y los particulares del Derecho Administrativo*".
 - 1.6. Que el numeral 1º del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, determina en virtud del principio de responsabilidad, que los servidores públicos, están obligados, entre otros, a "*(...) buscar el cumplimiento de los fines de la contratación, a vigilar la correcta ejecución del objeto contratado y a proteger los derechos de la entidad, del contratista y de los terceros que puedan verse afectados por la ejecución del contrato*".
 - 1.7. Que, en concordancia con lo anterior, los incisos 1º, 2º y 3º del artículo 40 de la Ley 80 de 1993, establecen: "*(...) Las estipulaciones de los contratos serán las que, de acuerdo con las normas civiles, comerciales y las previstas en esta Ley, correspondan a su esencia y naturaleza.*
- "Las entidades podrán celebrar los contratos y acuerdos que permitan la autonomía de la voluntad y requieran el cumplimiento de los fines estatales.
- "En los contratos que celebren las entidades estatales podrán incluirse las modalidades, condiciones y, en general, las cláusulas o estipulaciones que las partes consideren necesarias y convenientes, siempre que no sean contrarias a la Constitución, la ley, el orden público y a los principios y finalidades de esta Ley y a los de la buena administración (...)".
- 1.8. Que el artículo 3º de la Ley 489 de 1998, establece los principios de la función administrativa, señalando que "*(...) La función administrativa se desarrollará conforme a los principios constitucionales, en particular los atinentes a la buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia.*
- "Los principios anteriores se aplicarán, igualmente, en la prestación de servicios públicos, en cuanto fueren compatibles con su naturaleza y régimen (...)".

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

1.10. Que mediante la Resolución No. Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, se delegaron funciones en el Jefe Oficina Asesora Jurídica para iniciar los procedimientos administrativos sancionatorios, incluyendo la recepción de los descargos, surtir el debate probatorio hasta su culminación y adoptar la decisión de fondo correspondiente.

2. ANTECEDENTES CONTRACTUALES

2.1. El quince (15) de diciembre de 1993, la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A presentó ante la Superintendencia General de Puertos y Transportes una solicitud de concesión portuaria para construir un «puerto granelero y carbonero de servicio público, ubicado en el barrio Las Flores en Jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, sobre el tajamar occidental a la altura de los kilómetros 5 y 6» (Prueba No.1).

2.2. Posteriormente, mediante Resolución No. 0453 del 24 de julio de 1997, la Superintendencia General de Puertos aprobó la solicitud de concesión portuaria presentada por la sociedad portuaria Bocas de Ceniza S.A. (Prueba No.2).

2.3. Que, mediante Resolución No. 00928 del 6 de agosto de 1998 (modificada mediante Resolución No. 0960 del 19 de agosto de 1998), la Superintendencia General de Puertos otorgó formalmente una concesión portuaria a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. (Prueba No.3 - 4).

2.4. Que, el veintiuno (21) de agosto de 1998, la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A suscribieron el contrato de concesión portuaria No. 23 de 1998, en cuya cláusula Primera se estableció: *"LA SUPERINTENDENCIA en virtud del presente contrato otorga una concesión portuaria al CONCESIONARIO, SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A, en adelante SPBC, para la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o éstos, para construir y operar un puerto granelero y carbonero de Servicio Público, ubicado sobre el Tajamar Occidental a la altura de los kilómetros 5 y 6 en el Barrio Las Flores, en Jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en el Departamento del Atlántico, cuyos linderos se describen en la Cláusula Segunda del presente contrato"* (Prueba No.5).

2.5. Que, el Ministerio de Transporte, mediante Resolución No. 004650 del 9 de abril de 2002, decretó la suspensión del contrato, teniendo en cuenta problemas de orden público en la zona de ejecución del proyecto. El acta de suspensión fue suscrita el día

23 de abril de 2002, y abarcó el lapso comprendido entre el 23 de abril de 2002 y el 23 de abril de 2004 (Prueba No.6 - 7).

- 2.6. Que, en virtud del principio de concertación previsto en el artículo 6 de la ley 161 de 1994, el seis (6) de agosto de 2002, entre el Ministerio de Transporte y la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena, se suscribió el Acta de Transferencias, Funciones y Programas que determinaba los procedimientos y plazos para el traslado de la competencia de una entidad a otra (Prueba No. 8).
- 2.7. Que, mediante Resolución No. 225 del 25 de febrero de 2004, la Superintendencia de Puertos cedió a Cormagdalena el contrato de Concesión Portuaria No. 23 de 1998 (Prueba No. 9).
- 2.8. Que, el nueve (9) de diciembre de 2004, Cormagdalena y la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A suscribieron el otrosí No. 1 al contrato de concesión No. 23 de 1998, en virtud del cual se modificó la cláusula Décima Segunda referente al valor de la contraprestación portuaria, que se fijó en dos millones cuatrocientos sesenta y tres mil ochocientos diecinueve dólares de los Estados Unidos de América (2.463.819 USD) (Prueba No. 10).

3. HECHOS SUSCEPTIBLES DE INCUMPLIMIENTO GRAVE Y CADUCIDAD DEL CONTRATO A CARGO DE LA SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A.

De acuerdo con la citación C.E OAJ 202003002555 del 26 de noviembre de 2020, sustentado en el informe CINP-484-116-3592 del 20 de octubre de 2020, elaborado por Ingeniería de Proyectos S.A.S, en calidad de interventor del contrato de concesión No. 023 de 1998, se formularon cargos contra la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. por infracción de disposiciones contractuales y legales que se traducen en los siguientes presuntos incumplimientos:

- No presentación de cronograma de actividades e inversión (o Plan de Inversiones).
- No pago de las cuotas de contraprestación portuaria.
- No constitución de las garantías de cumplimiento.
- No renovación de la matrícula mercantil.
- No permitir el seguimiento y vigilancia del contrato, por parte de Cormagdalena.

4. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

El día dieciséis (16) de diciembre de 2020, se instaló la audiencia y tras comprobar la personería jurídica de los asistentes, el Despacho informó a los convocados que el trámite establecido para el Procedimiento Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad contrato de concesión portuaria No. 023 de 1998, era el establecido en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

A continuación, y en concordancia con el literal a) y b) del referido artículo, el Despacho presentó las circunstancias de hecho que motivaron la presente actuación, las pruebas, las normas o cláusulas presuntamente violadas y las consecuencias jurídicas que podrían derivarse para el contratista, y que fueron puestas en conocimiento de las partes e intervinientes mediante los oficios de citación No. C.E OAJ 202003002555, 202003002882, 202003002884 del 26 de noviembre de 2020; en los puntos: «*1. INFORMACIÓN BÁSICA DEL CONTRATO. 2. HECHOS Y PRUEBAS QUE SOPORTAN LA CITACIÓN. 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO PARA ADELANTAR EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONATORIO, 4. NORMAS Y CLÁUSULAS PRESUNTAMENTE VULNERADAS POR EL CONCESIONARIO, 5. CONSECUENCIAS POR EL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATISTA, 6. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO, 7. FECHA, HORA Y LUGAR DE LA AUDIENCIA, 8. TERMINOS PARA CONTROVERTIR LOS CARGOS y 9. PRUEBAS».*

El desarrollo de la audiencia, de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, fue el siguiente:

4.1 Sesión del dieciséis (16) de diciembre de 2020

Se instaló la audiencia que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Asimismo, se reconoció personería a los doctores Daniel Ricardo Caballero Rocha, en calidad de apoderado especial de Seguros del Estado S.A. y Laura Castellar Almonacid, en calidad de apoderada especial de Liberty Seguros S.A.

Seguidamente, el apoderado especial de Seguros del Estado S.A. solicitó que se aplazara la rendición de descargos ante la ausencia de la sociedad contratista. Dicha solicitud fue coadyuvada por la apoderada especial de Liberty Seguros S.A.

Ante la solicitud de los garantes, el Despacho resolvió reprogramar la oportunidad para la presentación de los descargos y ordenó a la Subdirección de Gestión Comercial de CORMAGDALENA allegar copia del Acta de Transferencias, Funciones y Programas del 6 de agosto de 2002 (relacionada como la prueba No. 8 en las citaciones No. C.E OAJ 202003002555, 202003002882, 202003002884).

4.2 Sesión del quince (15) de enero de 2020

En esta sesión, se dio lectura de los cargos a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A y se concedió a las partes la oportunidad para presentar sus descargos:

4.2.1 Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.

A continuación, se sintetiza la intervención del apoderado especial del concesionario, mediante la cual se pronunció sobre los cargos formulados de la siguiente manera:

- En primer lugar, señala que el presunto incumplimiento que mayor atención atrae para el contratista es el relacionado con el Plan de Inversiones, en tanto, a partir del año 2012, por solicitud de Cormagdalena, el concesionario cambió el proyecto, el cual pasó de un

puerto carbonífero a un puerto multipropósito, situación que desbordó la magnitud del mismo y las inversiones inicialmente previstas.

- Añadió que, en el procedimiento de caducidad anterior, finalizado en 2019, la entidad concluyó que no podía exigirse el cumplimiento del Plan de Inversiones de un contrato que, en la actualidad, es de imposible cumplimiento. Es decir, no hay en firme un Plan de Inversiones, porque no se ha materializado el otrosí que se negoció con Cormagdalena.
- Destacó que el concesionario le ha manifestado a Cormagdalena que está en la búsqueda de inversionistas que apoyen la financiación del proyecto. Incluso, el Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla manifestó su intención de hacer parte de éste.
- Finalmente, señaló que el puerto carbonífero ya no es viable; pero que, frente al interés del Distrito de Barranquilla de participar en el proyecto, se hace necesario decretar la suspensión contrato.

4.2.2 Seguros del Estado S.A

A continuación, se sintetiza la intervención del apoderado especial del Seguros del Estado S.A., mediante la cual se pronunció sobre los cargos formulados de la siguiente manera:

- En primer lugar, indicó que coadyuvaban los argumentos o descargos elevados por el concesionario y señaló que es importante que se atienda la solicitud de suspensión del contrato, por parte de Cormagdalena.
- Con relación a la no presentación del Plan de Inversiones, sostuvo que este reproche está supeditado a la respuesta de la solicitud de suspensión contractual elevada por el concesionario, teniendo en cuenta que, desde el año 2012, se modificaron las necesidades de cambiar la operación del puerto: de un puerto carbonífero a un puerto multipropósito.
- Con relación al no pago de la contraprestación portuaria, sostuvo que no existe ningún perjuicio por ese concepto, en tanto, el único legitimado para efectuar el cobro es el Distrito de Barranquilla.

Además, adujo que se configuró la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, puesto que, transcurrieron más de dos (2) años desde el momento en que el interesado tuvo o debió tener conocimiento del hecho que da base a la reclamación. En ese sentido, agregó que sería infundado afectar las garantías por las cuotas de contraprestación portuaria de los años 2017 y 2018.

- Con relación a la no renovación de las garantías, subrayó que su poderdante, el día 19 de septiembre de 2017, remitió un comunicado radicado SEB 473-2017 a la Corporación, informando que, en uso de la facultad prevista en el artículo

2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, no ampararían vigencias posteriores al 21 de marzo de 2018.

Asimismo, agregó que, de conformidad con el artículo 43 del Decreto 474 de 2015 compilado por el artículo 2.2.3.3.7.7 del Decreto 1079 de 2015, la compañía informó que no continuaría asumiendo los riesgos del contrato, al vencimiento de la póliza.

- En cuanto a la no renovación de la matrícula mercantil, aseveró que esta obligación está sustentada en los informes de interventoría que indican que el incumplimiento de esta obligación se verificó a partir del año 2019, mientras la póliza estuvo vigente hasta el mes de marzo de 2018. Por lo tanto, no se puede afectar la garantía otorgada por Seguros del Estado S.A. con cargo a este incumplimiento.

4.2.3 Liberty Seguros S.A.

A continuación, se sintetiza la intervención de la apoderada especial del Liberty Seguros S.A., mediante la cual se pronunció sobre los cargos formulados de la siguiente manera:

- En cuanto a la no presentación del Plan de Inversiones, adujo que se configuró la prescripción ordinaria de las acciones del contrato de seguro prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio, pues, transcurrieron más de dos (2) años desde que Cormagdalena tuvo conocimiento del incumplimiento. Así, desde el ocho (8) de agosto de 2016, de acuerdo, la Subdirección de Gestión Comercial, mediante comunicado No. 2016101460, requirió al contratista para que, dentro de un término de quince (15) días, al recibo del oficio en mención. Por lo tanto, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro se configuró el día ocho (8) de agosto de 2018.
- Con respecto a la no constitución de las garantías de contractuales, sostuvo que el incumplimiento debió ocurrir dentro del período de vigencia de la póliza, es decir, entre el lapso comprendido entre el trece (13) de marzo de 2013 y el veintiuno (21) de marzo de 2018, por lo cual, esta situación aconteció fuera del período de cobertura. Asimismo, señala que, el veintiuno (21) de marzo de 2020, se verificó la prescripción ordinaria de las acciones del contrato de seguro prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.
- Con respecto al no pago de la contraprestación portuaria, señaló el incumplimiento se presentó por fuera del período de vigencia de la póliza de cumplimiento.
- Con relación a la no renovación de la matrícula mercantil, indicó que este incumplimiento se presentó por fuera del período de vigencia de la póliza de cumplimiento, pues, se generó el primero (1) de abril de 2019.
- Con relación al cargo de no permitir el seguimiento y vigilancia del contrato, esgrimió que, de acuerdo con la citación y las pruebas anexas (pruebas No. 17, 20,

21, 22 y 23), los hechos se dieron con posterioridad al período de vigencia de la póliza.

- Finalmente, señaló que el Despacho deberá tener en cuenta que la póliza se otorgó bajo la modalidad de coaseguro con Seguros del estado S.A., en la cual los riesgos asumidos fueron de un cincuenta por ciento (50%) y el límite de la suma asegurada.

4.3 Sesión del dieciocho (18) de marzo de 2021

Se decretó la apertura del período probatorio y se resolvió tener como pruebas los siguientes documentos:

- a. Copia del acta de Transferencias, Funciones y Programas del 6 de agosto de 2002.
- b. Un (1) archivo en formato *pdf*, contentivo de cinco (5) folios, denominado «*solicitud suspensión Superpuerto*».
- c. Un (1) archivo en formato *pdf*, contentivo de cinco (5) folios, denominado «*MOU Distrito – Concesionarios portuarios – con firmas*»

De dichos documentos se corrió traslado a las partes por el término de tres (3) días que vencieron el 24 de marzo de 2021.

Asimismo, denegó la solicitud de suspensión del contrato, en razón de que el procedimiento administrativo sancionatorio, previsto en la ley 1474 de 2014, no estaba instituido para absolver peticiones relaciones con la ejecución del contrato.

4.4 Sesión del nueve (9) de abril de 2021

En primer lugar, se decretó el cierre del período probatorio y se corrió traslado a las partes para que presentaren sus alegaciones finales. A continuación, se sintetizan los argumentos presentados por cada una de las partes como parte de sus alegatos de conclusión:

4.4.1 Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.

El representante legal de la sociedad en mención, Dr. Rodney Castro Gullo, esgrimió los siguientes argumentos:

- En primer lugar, señaló que uno de los objetivos de Cormagdalena es promover y participar en la creación de sociedades portuarias que contribuyan a desarrollar el transporte fluvial y que después de un gran camino recorrido en procura de la materialización del proyecto, de más de veinticinco (25) millones de dólares invertidos, han encontrado que la viabilidad del contrato exige unas condiciones muy diferentes a las pactadas en el Contrato de Concesión No. 023 de 1998.

En tal sentido, adujo que el proyecto original daba cuenta de un Plan de Inversiones de cincuenta y cinco (55) millones de dólares y hoy, después de haber adelantado el proceso de actualización de la concesión y de la licencia ambiental, el cierre financiero da cuenta de un Plan de Inversiones que asciende a ochocientos setenta (870) millones de dólares. Eso ha hecho más difícil concretar la participación de un nuevo socio estratégico que con su músculo financiero contribuya a sacar el proyecto adelante.

- Asimismo, sostuvo que, en el año 2015, la Junta Directiva de Cormagdalena autorizó al Director Ejecutivo a firmar el otorgamiento modificadorio de la concesión, el cual tardó años en ser puesto a consideración del concesionario y, además, hacía más gravosa para la compañía el componente contraprestacional a favor de La Nación, pues, no es lo mismo pagar pólizas y contraprestación portuaria de un proyecto de cincuenta y cinco (55) millones de dólares que de otro equivalente a ochocientos setenta (870) millones de dólares. Este nuevo contexto comportó que el proyecto se tornara de imposible cumplimiento.
- Por otro lado, solicitó que, antes de tomar una decisión de fondo sobre posibles incumplimientos del concesionario, se permita terminar el proceso de negociación que se lleva en la actualidad, liderado por el Alcalde de Barranquilla, y en el cual participan las firmas Power China, Impala, Terminal Mallorquín y Puerta de Oro. Añadió que con las firmas mencionadas se suscribió un memorando de entendimiento que se está cumpliendo y permite estar esperanzados en la materialización de la empresa.
- Seguidamente, destacó que, ante la no ejecución de obras por parte del concesionario, mediante Resolución No. 000318 del 18 de noviembre de 2008, se profirió apertura de investigación a fin de dilucidar los motivos de la aparente inactividad del concesionario; investigación que fue archivada por la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012, en la cual se señaló que «*se evidencia la existencia de nuevos inversionistas y nuevos capitales destinados a la ejecución del proyecto, lo cual brinda garantías a CORMAGDALENA sobre la efectiva reactivación del mismo*».
- Sostuvo que se presentó la información sobre el desarrollo de los trabajos de la Fase I y el Plan de Obras, lo que demuestra que la voluntad de los nuevos accionistas está comprometida con la ejecución del proyecto.

A su turno, subrayó que la evidencia de nuevos inversionistas y capitales es producto de un acuerdo de suscripción de acciones sujeto a un reglamento de colocación de cuarenta y dos millones quinientas mil (42.500.000.000) acciones, sometido a una condición resolutoria de la declaratoria de caducidad o no archivo de la investigación administrativa contra la sociedad antes del 27 de septiembre 2012. Dicha condición no se dio, puesto que, la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012 archivó la investigación y adoptó unas medidas de intervención y control.

- Aseveró que es de dominio público que han sobrevenido circunstancias extraordinarias e imprevistas en contra de la viabilidad del proyecto; como, por ejemplo, nuevos estudios técnicos.
- Igualmente, reseñó que, el día veintinueve (29) de noviembre de 2013, el concesionario expuso que era necesario modificar el proyecto de un puerto granelero a un puerto multipropósito. En tal sentido, el primero (1) de julio de 2014, se radicó una solicitud de modificación del contrato, la cual fue aprobada por la Junta Directiva de Cormagdalena. No obstante, en el año 2016, Cormagdalena envió un borrador de otros que no recogía los acuerdos alcanzados previamente.
- Señaló que, ante la imposibilidad de alcanzar un punto de consenso para la estructuración definitiva, se abrió una nueva investigación por incumplimiento contractual por no pago de la contraprestación portuaria y no ejecución del Plan de Inversiones, la cual, también fue archivada.
- Finalmente, concluyó que, actualmente, no existen condiciones propicias para que se realicen obras, ya que se está ante una imposibilidad de cumplir.

4.4.2 Seguros del Estado S.A.

La apoderada de Seguros del Estado S.A. presentó los argumentos que se sintetizan, a continuación:

- En primer lugar, coadyuvó los argumentos del contratista.
- Luego, sostuvo que, en lo que atañe a la responsabilidad de la aseguradora, que la vigencia de la póliza estuvo vigente hasta el 21 de septiembre de 2018. Así, con respecto a los cargos por no pago de la contraprestación portuaria y la no renovación de la matrícula mercantil, los hechos constitutivos se verificaron después del período amparado.
- Agrega que han transcurrido más de dos (2) años desde que la entidad tuvo conocimiento de la existencia del siniestro, por lo cual ha operado el fenómeno de la prescripción de las acciones del contrato de seguro.

4.4.3 Liberty Seguros S.A.

La apoderada de Liberty seguros S.A. presentó los argumentos que se sintetizan, a continuación:

- En primer lugar, coadyuvó los argumentos del contratista.
- Seguidamente, sostuvo que, respecto al incumplimiento del Plan de Inversiones, ha operado el fenómeno de la prescripción ordinaria del contrato de seguros, ya que, en

la carpeta No. 13 de pruebas, se evidencia un requerimiento al contratista del ocho (8) de agosto de 2016 para la entrega del Plan de Inversiones. Es decir, la prescripción se configuró el ocho (8) de agosto de 2018.

- Con respecto a la no actualización de las garantías de cumplimiento, señala que se configuró la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros el veintiuno (21) de septiembre de 2020. Igualmente, aduce que el amparo de cumplimiento de la póliza estuvo vigente hasta veintiuno (21) de septiembre de 2018 y, por tanto, los períodos no cubiertos de los años 2018, 2019, 2020 no pueden imputarse a la póliza otorgada a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.
- Con relación a los cargos por no pago de la cuota de contraprestación portuaria, sostiene que con la Resolución No. 181 de 2019 se encontró superado este incumplimiento, de manera que los incumplimientos de la presente actuación administrativa discutidos se dieron por fuera del período de vigencia de la póliza.
- Con relación al cargo por no renovación de la matrícula mercantil, señala que se trata hechos posteriores periodo de vigencia del amparo otorgado.
- Por último, con respecto al cargo del no permitir el seguimiento y vigilancia del contrato, esgrime que se trata hechos posteriores periodo de vigencia del amparo otorgado.

5. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

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

El artículo 17 de la Ley 1150 de 2007, indica que: «(...) Del derecho al debido proceso. El debido proceso será un principio rector en materia sancionatoria de las actuaciones contractuales. En desarrollo de lo anterior y del deber de control y vigilancia sobre los contratos que corresponde a las 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 cominar 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 a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A., así como a la compañías aseguradoras Seguros del Estado S.A y Liberty Seguros S.A, con la finalidad que tanto el contratista como los garantes, durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Corporación en relación con los hechos expresados mediante los oficios de citación No. C.E OAJ 202003002555, 202003002882, 202003002884.

En este orden de ideas, la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena—Cormagdalena, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. en virtud del Contrato de Concesión No. 023 de 1998, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (5.1), hechos probados (5.2), caso en concreto (5.3), y consideraciones finales (5.4).

5.1 EL MARCO JURÍDICO

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

5.1.1 Naturaleza jurídica de la caducidad

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 grave de las obligaciones y caducidad del Contrato, estima necesaria traer a colación algunos pronunciamientos que sobre este particular ha manifestado el Consejo de Estado.

De acuerdo a la teoría general de los contratos, la cláusula de caducidad es un elemento de la naturaleza, vale decir, que se entienden incluidas, en los contratos de obra, los contratos que tienen por objeto la explotación y concesión de bienes del Estado, la prestación de servicios públicos y las actividades que constituyan monopolio estatal, es decir, que de no pactarse se entenderán incorporadas en dichos contratos.

Para los contratos de concesión portuaria el marco jurídico de la caducidad se encuentra establecido desde la Ley 1º de 1991, por la cual se expide el estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones, así:

En su artículo 18, que disciplina:

«*Caducidad de la concesión. La Superintendencia General de Puertos podrá declarar la caducidad de una concesión portuaria cuando en forma reiterada se incumplan las condiciones en las cuales se otorgó, o se desconozcan las obligaciones y prohibiciones a las cuales el concesionario está sujeto, en forma tal que se perjudique gravemente el interés público. La caducidad de una concesión portuaria se decretará mediante resolución motivada contra la cual sólo procede recurso de reposición».*

De igual forma, en su artículo 41, que señala:

«*Sanciones. Las infracciones a la presente Ley podrán sancionarse con multas, con la suspensión temporal del derecho a realizar actividades en los puertos, con la intervención de un puerto o con la caducidad de las concesiones, licencias o autorizaciones del infractor.*

Podrán imponerse multas hasta por el equivalente de 35 días de ingresos brutos del infractor, calculados con base en sus ingresos del mes anterior a aquel en el cual se impone la multa. El monto de la multa se graduará atendiendo al impacto de la infracción sobre la buena marcha de los puertos y de las instituciones portuarias, y al hecho de si se trata o no de una reincidencia. Si el infractor no proporcionare información suficiente para determinar el monto, se le aplicarán las otras sanciones que aquí se prevén.

Podrá, igualmente prohibirse que un determinado usuario de los puertos, los use de nuevo o preste allí sus servicios hasta por el término de un año.

La intervención de un puerto, prevista en el numeral 28.9 del artículo 28 de esta Ley, podrán adoptarse también como sanción, cuando las sanciones descritas atrás, o la caducidad, no sean efectivas o perjudiquen injustificadamente a terceros».

Dentro de este marco jurídico se encuentra la Ley 80 de 1993, por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, así:

En el numeral 2 del artículo 14, donde regula en que contratos puede pactarse la caducidad en el entendido de ser una cláusula exorbitante, así:

«**ARTÍCULO 14. DE LOS MEDIOS QUE PUEDEN UTILIZAR LAS ENTIDADES ESTATALES PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL.** Para el cumplimiento de los fines de la contratación, las entidades estatales al celebrar un contrato:

(...)

2o. Pactarán las cláusulas excepcionales al derecho común de terminación, interpretación y modificación unilaterales, de sometimiento a las leyes nacionales y de caducidad en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la explotación y concesión de bienes del Estado, así como en los contratos de obra. En los contratos de explotación y concesión de bienes del Estado se incluirá la cláusula de reversión.

Las entidades estatales podrán pactar estas cláusulas en los contratos de suministro y de prestación de servicios.

En los casos previstos en este numeral, las cláusulas excepcionales se entienden pactadas aun cuando no se consignen expresamente.

PARÁGRAFO. En los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación, ayuda o asistencia; en los interadministrativos; en los de empréstito, donación y arrendamiento y en los contratos que tengan por objeto actividades comerciales o industriales de las entidades estatales que no correspondan a las señaladas en el numeral 2o. de este artículo, o que tengan por objeto el desarrollo directo de actividades científicas o tecnológicas, así como en los contratos de seguro tomados por las entidades estatales, se prescindirá de la utilización de las cláusulas o estipulaciones excepcionales (...).

En el artículo 18, que disciplina:

*«ARTÍCULO 18. DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de **manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización**, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.*

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento».

En el artículo 8, que señala:

«ARTÍCULO 8o. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES PARA CONTRATAR. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

(...)

c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.

(...)

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en

los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contados a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma (...».

Conforme a las normas en comento, la caducidad, constituye la sanción más drástica que la Administración puede imponer a un contratista.

Como se dijo con anterioridad, siendo la caducidad la sanción más drástica a imponerse en materia contractual, la misma debe obedecer a unos requisitos y exigencias que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en concordancia con la ley, así:

«(...) De conformidad con lo prescrito por el artículo 18 de la Ley 80 de 1993, la Administración está habilitada para declarar la caducidad del contrato por medio de acto administrativo debidamente motivado, siempre que se reúnan los siguientes presupuestos: (i) un incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; (ii) que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y (iii) que el mismo evidencie que puede conducir a la paralización del contrato. (...)»¹

Como consecuencia de la anterior declaración, estos son los efectos:

«(...) Según la norma en cita, dicha declaratoria trae aparejada la pérdida de los derechos que dimanaban del negocio jurídico para el contratista y, particularmente, que se traducen en: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configurar la inhabilidad para contratar con entidades públicas por 5 años. (...)»²

Frente a este primer requisito, es pertinente señalar que ese incumplimiento no se circumscribe a la existencia de cualquier incumplimiento, sino que se requiere que el mismo no haya sido causado por alguna de las causales de eximenes de responsabilidad.

Ahora bien, con respecto a la segunda exigencia, es decir, que dicho incumplimiento afecte de manera grave y directa a la ejecución del contrato, vale la pena indicar que esas expresiones hacen referencia a la relevancia o trascendencia del incumplimiento que conllevan a la afectación de la ejecución de lo contratado.

Así las cosas, no cualquier incumplimiento puede conllevar una declaratoria de caducidad, por el contrario, sólo procede esta figura frente a un incumplimiento imputable al contratista que impide de forma evidente, clara y grave la buena marcha del contrato.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Rad.25000-23-26-000-2000-02151-01 (26705). Sentencia del 26 de junio de 2014. MP. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

² Ibídem

Sobre el tercer requisito, y unido al anterior, no basta con que haya un incumplimiento grave que impide la ejecución del contrato, sino que se necesita que esa falta pueda conllevar de forma determinante la parálisis del contrato en sí mismo.

Por las anteriores razones la caducidad, ha sido contemplada y aceptada como aquella medida que contractualmente es más drástica, para sancionar al contratista tal como lo ha expuesto el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

«(...) La jurisprudencia de manera reiterada ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador. Como puede observarse, la Sala le ha dado el calificativo de sanción administrativa a esta manera de terminar anticipadamente la relación jurídica, denominación que además de incorporarla a la construcción dogmática expuesta líneas atrás presenta sustantividad como categoría jurídica y la diferencia de otras figuras de naturaleza preventiva, resarcitoria o conminatoria que se presentan cuando la autoridad administrativa hace ejercicio del ius puniendi (...)»³.

5.1.2 La interventoría en los contratos estatales

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

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

³Consejo de Estado. Sección Tercera. M.P. Enrique Gil Botero. Sentencia del 22 de octubre de 2012 Radicación: 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)

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

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

Sobre el particular, 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. «*Las consecuencias jurídicas de ejecutar una prestación -trátese de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que esténdolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación*»⁵.

5.2 LOS HECHOS PROBADOS

Conforme se relacionó en antecedencia, durante el desarrollo de las audiencias dentro del presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se garantizó el debido proceso y el derecho de defensa tanto al concesionario como a sus aseguradores, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante las citaciones No. C.E OAJ 2020003002555 del 26 de noviembre de 2020, No. C.E OAJ 2020003002882 del 26 de noviembre de 2020 y No. C.E OAJ 2020003002884 del 26 de noviembre de 2020 en las 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.

⁴ Corte Constitucional: Sentencia C-037/03. M.P: Álvaro Tafur Galvis

⁵ Sentencia del 22 de julio de 2009. Rad.25000-23-26-000-1992-07954-01(18082). C.P: Enrique Gil Botero

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

- 5.2.1** El quince (15) de diciembre de 1993, la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A presentó ante la Superintendencia General de Puertos y Transportes una solicitud de concesión portuaria para construir un “puerto granelero y carbonero de servicio público, ubicado en el barrio Las Flores en Jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, sobre el tajamar occidental a la altura de los kilómetros 5 y 6” (Prueba No.1)
- 5.2.2** Posteriormente, mediante Resolución No. 0453 del 24 de julio de 1997, la Superintendencia General de Puertos aprobó la solicitud de concesión portuaria presentada por la sociedad portuaria Bocas de Ceniza S.A. (Prueba No.2).
- 5.2.3** Que, mediante Resolución No. 00928 del 6 de agosto de 1998 (modificada mediante Resolución No. 0960 del 19 de agosto de 1998), la Superintendencia General de Puertos otorgó formalmente una concesión portuaria a la sociedad portuaria Bocas de Ceniza S.A. (Prueba No.3 - 4).
- 5.2.4** Que, el veintiuno (21) de agosto de 1998, la Superintendencia General de Puertos y la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A suscribieron el contrato de concesión portuaria No. 23 de 1998, en cuya cláusula Primera se estableció: «*LA SUPERINTENDENCIA en virtud del presente contrato otorga una concesión portuaria al CONCESIONARIO, SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A, en adelante SPBC, para la ocupación y utilización en forma temporal y exclusiva de las playas, los terrenos de bajamar y las zonas accesorias a aquellas o éstos, para construir y operar un puerto granelero y carbonero de Servicio Público, ubicado sobre el Tajamar Occidental a la altura de los kilómetros 5 y 6 en el Barrio Las Flores, en Jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, en el Departamento del Atlántico, cuyos linderos se describen en la Cláusula Segunda del presente contrato*» (Prueba No.5).
- 5.2.5** Que, el Ministerio de Transporte, mediante Resolución No. 004650 del 9 de abril de 2002, decretó la suspensión del contrato, teniendo en cuenta problemas de orden público en la zona de ejecución del proyecto. El acta de suspensión fue suscrita el día 23 de abril de 2002, y abarcó el lapso comprendido entre el 23 de abril de 2002 y el 23 de abril de 2004 (Prueba No.6 - 7).
- 5.2.6** Que, en virtud del principio de concertación previsto en el artículo 6 de la ley 161 de 1994, el seis (6) de agosto de 2002, entre el Ministerio de Transporte y la Corporación Autónoma del Río Grande de la Magdalena, se suscribió el Acta de Transferencias, Funciones y Programas que determinaba los procedimientos y plazos para el traslado de la competencia de una entidad a otra (Prueba No. 8).

- 5.2.7** Que, mediante Resolución No. 225 del 25 de febrero de 2004, la Superintendencia de Puertos cedió a Cormagdalena el contrato de Concesión Portuaria No. 23 de 1998 (Prueba No. 9).
- 5.2.8** Que, el nueve (9) de diciembre de 2004, Cormagdalena y Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A suscribieron el otrosí No. 1 al contrato de concesión No. 23 de 1998, en virtud del cual se modificó la cláusula Décima Segunda referente al valor de la contraprestación portuaria, que se fijó en dos millones cuatrocientos sesenta y tres mil ochocientos diecinueve dólares de los Estados Unidos de América (2.463.819 USD) (Prueba No. 10).

5.3 CASO CONCRETO

La actuación administrativa sancionatoria se inició con fundamento en la información allegada por la firma Ingeniería de Proyectos S.A.S. en calidad de interventor del Contrato No. 0-0184-2020, mediante el oficio No. CINP – 484 –064 – 3099 del 17 de septiembre de 2020 (complementado por informe CINP-484-116-3592 del 20 de octubre de 2020), con el fin de iniciar el Procedimiento Administrativo Sancionatorio por el presunto incumplimiento grave de las obligaciones y caducidad del Contrato No. 023 de 1998.

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto grave incumplimiento de las obligaciones y caducidad del Contrato No. 023 del 1998, enunciadas en el oficio citatorio las cuales se resumen a continuación así:

«7.1 POSICIÓN TÉCNICA

A la fecha, el proyecto portuario no ha sido desarrollado.

A juicio de la Interventoría la solicitud de modificación del Contrato no suspende, de ninguna manera, la obligación a cargo del Concesionario relacionada con el cumplimiento de los compromisos de inversión contractuales, por lo que el contrato se encuentra incumplido dado que, a la fecha, no se ha efectuado ninguna de las inversiones relacionadas en el Contrato de Concesión.

Dado lo anterior la SPBC ha incumplido con las siguientes obligaciones contractuales:

- *Construcción y operación de un puerto granelero y carbonero para prestación de Servicio Público.*
- *Al no encontrarse construido ni operando el proyecto portuario, el Concesionario incumple con su obligación contractual respecto a los volúmenes de carga a movilizar, los cuales debían ser en fase 1: dos millones de toneladas por año, y en fase 2: tres millones de toneladas por año.*

Lo anotado claramente representa un incumplimiento grave y directo que afecta la ejecución del contrato e imposibilita el cumplimiento del objeto contractual

7.2 POSICIÓN ADMINISTRATIVA

Como consecuencia de la no construcción de las obras el puerto no ha realizado hasta el momento movimiento de carga alguno. Al no operar no es posible medir cumplimiento de obligaciones administrativas.

7.3 POSICIÓN FINANCIERA

Con el objeto de contar con un documento que acredite el monto de la deuda y la fecha de pago oportuno de las cuotas por concepto de contraprestación, esta Interventoría solicitó a CORMAGDALENA información sobre el monto adeudado y el número de anualidades vencidas a través de comunicado No. CINP – 484 –006–2306 de fecha 15 de julio de 2020 identificado con el radicado 202002003330.

Mediante Correo electrónico la Corporación envió a esta Interventoría copia de la Comunicación Interna No. 202001001409, (Prueba 27) en el cual se presenta el Estado de Cuenta de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A donde se establece que el Valor Adeudado a 31 de julio de 2020 es de MIL TRESCIENTOS SETENTA MILLONES TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MCTE (SIC) (\$2.000.629.871) como se detalla a continuación:

ESTADO DE CUENTA A 31 DE JULIO DE 2020 CR 3-0023-1998 SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A.		
VALORES POR CANCELAR	USD	COP
Intereses de mora		\$254.130.921
Zona de Playa	\$450.202,76	\$1.674.164.205
Actualización IPC		\$72.334.448
Multa		0
TOTAL A PAGAR EN PESOS:		\$2.000.629.871

Fecha: 29 de julio de 2020. T.R.M \$3.718.59

Con respecto al VALOR CORRESPONDIENTE AL DISTRITO DE BARRANQUILLA (40%), a través de comunicado GGI-RE-DE 00178-20 (Prueba 28) de fecha 5 de agosto de 2020 la Alcaldía Distrital de Barranquilla reportó ante esta Interventoría que verificando el sistema de información tributaria-Rentas, el Concesionario registra deuda y se encuentra actualmente en proceso de cobro coactivo identificado con el número ACTO GGI-FI-RD-00002-19 por las anualidades 2017 y 2018, así mismo vía correo electrónico envió la siguiente información que se detallan en la siguiente tabla:

PROCESO	ESTADO DEL PROCESO	Año	(USD\$)
ACTO GGI-FI-RD-00002-19	Ejecutoriado	2017	150.205,20
		2018	150.205,20
	Sin proceso de determinación	2019	150.205,20
		2020	150.205,20

(...)»

5.3.1 NO PRESENTACIÓN DE CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES E INVERSIÓN (O PLAN DE INVERSIONES)

5.3.1.1 Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.3.1.1.1 Sociedad Portuaria de Bocas de Ceniza S.A.

En las oportunidades para presentar los descargos y alegaciones, el apoderado especial y el representante legal de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. apuntaron que el proyecto originalmente propuesto consistente en un puerto granelero no es técnica ni financieramente viable y, por tales razones, se solicitó una modificación del contrato que contemplara la ejecución de un puerto multipropósito.

A su turno, argumentan que, en el procedimiento de caducidad anterior, finalizado en 2019, la entidad concluyó que no podía exigirse el cumplimiento del Plan de Inversiones de un contrato que, en la actualidad, es de imposible cumplimiento.

Por otro lado, subrayan que prueba de la disposición de cumplimiento del contrato es la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012, en la cual Cormagdalena señaló que «*se evidencia la existencia de nuevos inversionistas y nuevos capitales destinados a la ejecución del proyecto, lo cual brinda garantías a CORMAGDALENA sobre la efectiva reactivación del mismo*».

Asimismo, reseñaron sus variados esfuerzos para obtener financiamiento para el proyecto y la solicitud de modificación contractual elevada ante esta Corporación.

5.3.1.1.2 Seguros del Estado S.A.

Argumentó que el análisis de fondo de este cargo estaba supeditado a la respuesta de la solicitud de suspensión contractual elevada por el concesionario, teniendo en cuenta que, desde el año 2012, se modificaron las necesidades de cambiar la operación del puerto: de un puerto carbonífero a un puerto multipropósito.

5.3.1.1.3 Liberty Seguros S.A.

Adujo que se configuró la prescripción ordinaria de las acciones del contrato de seguro prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio, pues, transcurrieron más de dos (2) años desde que Cormagdalena tuvo conocimiento del incumplimiento. Así, desde el ocho (8) de agosto de 2016, de acuerdo, la Subdirección de Gestión Comercial, mediante comunicado No. 2016101460, requirió al contratista para que, dentro de un término de quince (15) días, al recibo del oficio en mención presentara el cronograma de obras e inversiones. Por lo tanto, la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro se configuró el día ocho (8) de agosto de 2018.

5.3.1.2 De las conclusiones del incumplimiento

En aras a determinar si se ha verificado un incumplimiento del Plan de Inversiones imputable al contratista, a título de responsabilidad subjetiva, este Despacho considera conveniente prefijar los derroteros en torno a los cuales procederá a evaluar la conducta del investigado, subrayando que dicho examen estará inescindiblemente ligado a los argumentos expuestos por el concesionario y sus garantes. Es decir, el estudio de la responsabilidad contractual, además de ponderar los elementos de prueba obrantes en el expediente, analizará cada uno de los argumentos empleados a modo de descargos y alegaciones por los intervenientes en la actuación.

Así, en lo que respecta al cumplimiento de la presentación del Cronograma de Actividades o Plan de Inversiones, se procederá a constatar si esta obligación ha sido ejecutada y, en caso afirmativo, se decretará la cesación de la actuación en lo relativo a este cargo. En caso contrario, se evaluarán los argumentos enderezados a establecer si el incumplimiento obedece a causas extrañas al contratista.

No obstante, habida cuenta que el concesionario ha esgrimido, a lo largo de la actuación, que se habría acordado con la Corporación una modificación del proyecto original previsto del Contrato de Concesión No.023 de 1998, la cual está pendiente de perfeccionamiento mediante la suscripción de un otrosí, es menester abordar, en primer término, el examen de este punto para fijar cuál será el marco contractual con base en el cual se confrontaran los reproches formulados en las citaciones No. 202003002555, 202003002882 y 202003002884.

5.3.1.2.1 Sobre la modificación del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998

La Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. aduce que el proyecto originalmente propuesto—el cual se plasmó en el contrato de concesión examinado—, actualmente, no resulta técnica y financieramente posible. Por consiguiente, propuso a la entidad una variación de este que incrementaba el valor de las inversiones de cincuenta y cinco millones de dólares (USD 55.000.000) a ochocientos setenta millones de dólares (USD 870.000.000). Dicha modificación fue autorizada por la Junta Directiva de Cormagdalena, mediante Acuerdo 187 de 2015; sin embargo, el Director Ejecutivo envió un borrador que se apartaba de las condiciones acordadas (0:32:25-55 /Sesión de audiencia del 9 de abril de 2021).

Frente al anterior argumento, este Despacho advierte que, hasta tanto no se haya suscrito una modificación al contrato, conforme a las formalidades exigidas por la Ley 80 de 1993, las partes deben cumplir con el texto del convenio perfeccionado. De esta suerte, no son oponibles derechos u obligaciones que no consten por escrito en un nuevo acuerdo contractual (art.39 y 40/Ley 80 de 1993). Por lo tanto, la expedición del Acuerdo de Junta Directiva 187 de 2015 *per se* no altera la relación contractual entre las partes.

Dicho esto, también, resulta conveniente precisar que el trámite de modificación aludido fue archivado de manera definitiva, pues, mediante Resolución No. 000073 del 9 de marzo de 2020, esta Corporación resolvió: «*Decretar el desistimiento por parte de la SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A. sobre la solicitud de modificación del Contrato de Concesión Portuaria No.023 de*

1998 presentada el primero de julio de 2014 por parte de esta Sociedad Portuaria, según las motivaciones expuestas en el presente acto administrativo» (Prueba No.17).

En definitiva, el marco contractual que rige la relación entre el contratista y la Corporación no ha sido alterado, por cuanto, aquél desistió del trámite de modificación y, en consecuencia, no suscribió ningún otrosí que trastocara el objeto, la contraprestación y demás obligaciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.

5.3.1.2.2 Sobre la no presentación del plan o cronograma de inversiones y actividades

En cuanto a la obligación de presentar el plan o cronograma de inversiones y actividades, el Despacho advierte que no se ha acreditado el cumplimiento, conforme a lo dispone la cláusula Quinta del acuerdo, la cual se transcribe a continuación:

«CLASULA QUINTA. ESTUDIO, CRONOGRAMA Y PLAZO DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS: **5.1** Dentro del término de dos (2) meses siguientes al perfeccionamiento del presente contrato de concesión, prorrogables a juicio de la Superintendencia General de Puertos, la sociedad titular de la concesión someterá a aprobación de esta entidad el proyecto definitivo, el cronograma de actividades e inversión y las fechas de iniciación y terminación de la construcción de las obras e instalación de los equipos necesarios para operar el puerto. **5.2** La Superintendencia General de Puertos evaluará dentro de los dos (2) meses siguientes a la presentación por parte de la sociedad portuaria, el proyecto y cronograma, efectuando los requerimientos del caso e impartiendo la autorización correspondiente una vez satisfechos los mismos. En dicha autorización se fijará el plazo en el cual EL CONCESIONARIO deberá efectuar las obras e instalar los equipos».

Vale decir que Cormagdalena, a través de la Subdirección de Gestión Comercial, mediante oficio No. 2016101460 del 8 de agosto de 2016 (Prueba No. 13), urgió al contratista para que en un plazo de 15 días entregara el Plan de Inversiones, precisándole que las obligaciones contractuales no se suspendían por la existencia de un trámite de modificación. Adicionalmente, mediante comunicación SGC No.201903001598 del 27 de junio de 2019 (Prueba No.16), esta Corporación le reiteró la obligatoriedad de hacer entrega de la información señalada en la mencionada cláusula contractual, esto es, el proyecto definitivo o el cronograma de actividades (contentivo de las fechas de iniciación y terminación de las obras, así como de instalación de los equipos), dentro de los dos (2) meses siguientes al recibo de dicha comunicación.

Pese a los requerimientos citados, el concesionario no ha acreditado el cumplimiento de esta obligación, esgrimiendo la imposibilidad técnica y financiera del proyecto, un trámite de modificación contractual y las gestiones adelantadas para lograr una capitalización suficiente para emprender la construcción del terminal portuario. Sobre cada una de estas razones, se procederá a analizar si, al tenor de las disposiciones legales, se justifica la omisión de la conducta reclamada.

- Con respecto a la presunta imposibilidad técnica y financiera del proyecto, es menester subrayar que los riesgos financieros y de construcción de los contratos de concesión recaen en el concesionario, en virtud de la naturaleza jurídica de este tipo de acuerdos, de

conformidad con los artículos 5.2 de la Ley 1 de 1991 32.4 de la Ley 80 de 1993. Esta última disposición preceptúa que todas las actividades necesarias para la adecuada prestación o funcionamiento de la obra o servicio serán «*por cuenta y riesgo del concesionario*». De esta suerte, no son de recibo como eximentes de responsabilidad circunstancias comerciales sobrevinientes que dificulten la capitalización de la sociedad o el apalancamiento financiero de las obras.

En ese orden de ideas, resulta conveniente traer a colación las consideraciones del Consejo de Estado sobre la materia, en la providencia que se cita *in extenso*: «*Esta Corporación se ha ocupado, en multiplicidad de ocasiones, de señalar cuáles son las principales características del contrato de concesión y, en tal sentido, ha indicado que las mismas son: (I) su celebración por parte de una entidad estatal, que actúa con el carácter de concedente y por una persona natural o jurídica que toma el nombre de concesionario (II) es el concesionario quien asume los riesgos derivados de la explotación o de la prestación del servicio público, a quien le corresponde participar, por ende, en las utilidades y pérdidas a las que hubiere lugar; (III) hay siempre lugar a una remuneración o contraprestación, la cual se pacta, de diversas maneras, en favor de quien construye la obra o asume la prestación del servicio público; de forma más esquemática, se ha efectuado la siguiente caracterización del tipo contractual en comento, con base en la definición del mismo contenida en el antes citado artículo 32-4 de la Ley 80: a. La entidad estatal asume el carácter de cedente y otorga a un particular quien ostenta la calidad de concesionario, la operación, explotación, gestión, total o parcial de un servicio público, o la construcción, explotación o conservación total o parcial de una obra pública. b. El particular asume la gestión de un servicio público que corresponde al Estado sustituyendo a este en el cumplimiento de dicha carga. c. El particular asume la construcción y/o mantenimiento de una obra pública. d. El particular obtiene autorización para explotar un bien destinado al servicio o uso público. e. La entidad pública mantiene durante la ejecución del contrato la inspección vigilancia y control de la labor a ejecutar por parte del concesionario. f. El particular a cambio de la operación, explotación, construcción o mantenimiento de la actividad concedida recibe una remuneración que puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien o en general en cualquier otra modalidad de contraprestación. g. El concesionario asume la condición de colaborador de la administración en el cumplimiento de los fines estatales, para la continua y eficiente prestación de los servicios públicos o la debida ejecución de las obras públicas. (...) En suma, los elementos que permiten identificar la naturaleza jurídica o la especial función económico-social que está llamado a cumplir el tipo contractual de la concesión sin olvidar que la Ley 80 de 1993 concibió tres especies de dicho género contractual, lo cual, además, no es óbice para que en la práctica puedan existir concesiones atípicas, de suerte que los elementos esenciales del contrato de concesión variarán según la modalidad de la cual se trate, aunque sin duda participando de elementos comunes? son los siguientes: (I) la concesión se estructura como un negocio financiero en el cual el concesionario ejecuta el objeto contractual por su cuenta y riesgo, en línea de principio; (II) el cumplimiento del objeto contractual por parte del concesionario debe llevarse a cabo con la continua y especial vigilancia y control ejercidos por la entidad concedente respecto de la correcta ejecución de la obra o del adecuado mantenimiento o funcionamiento del bien o servicio concesionado; (III) el concesionario recuperará la*

inversión realizada y obtendrá la ganancia esperada con los ingresos que produzca la obra, el bien público o el servicio concedido, los cuales regularmente podrá explotar de manera exclusiva, durante los plazos y en las condiciones fijados en el contrato; la remuneración, entonces, "puede consistir en derechos, tarifas, tasas, valorización, o en la participación que se le otorgue en la explotación del bien, o en una suma periódica, única o porcentual y, en general, en cualquier otra modalidad de contraprestación que las partes acuerden" (artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993) y (IV) los bienes construidos o adecuados durante la concesión deben revertirse al Estado, aunque ello no se pacte expresamente en el contrato. (...))»⁶.

Nótese que la jurisprudencia citada subraya que corresponde al contratista asumir la construcción, mantenimiento y operación de la obra pública; de modo que, la consecución de financiamiento y el costo de la inversión asociado a las cantidades de obra, precios y plazos son riesgos en cabeza del inversionista privado que no pueden ser trasladados a la Administración.

Sobre este particular, conviene referirse a las afirmaciones efectuadas por el Dr. Andrés Martínez, apoderado especial del contratista, en la sesión del quince (15) de enero de 2021, según las cuales, «en el procedimiento de caducidad pasado, que finalizó en el año 2019, la entidad, de alguna manera, confirmó o digamos... tuvo clara la posición que no podía exigirse el cumplimiento de Plan de Inversiones de un contrato que, en la actualidad, es de imposible cumplimiento» (Sesión de Audiencia del 15 de enero de 2021/0:23:22-42). La aserción transliterada falta a la verdad, porque la decisión administrativa a la que alude no reconoció la existencia de circunstancias que imposibilitaran el cumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.

Esta Corporación, mediante la Resolución No. 000181 de 2019, en lo tocante al Plan de Inversiones, resolvió archivar la investigación ceñida al siguiente razonamiento: «Se tiene, entonces, que el contrato No. 23 de 1998 no cuenta con un plan o cronograma de inversiones aprobado, lo cual, desde luego, impide que el Despacho pronunciarse (sic) a fondo sobre su no ejecución, en apego al principio de congruencia, legalidad y tipicidad de las sanciones, toda vez (sic) el cargo elevado en el marco de esta actuación fue delimitado conceptualmente como "NO ejecución del Plan de Inversiones" y no es posible exigir el cumplimiento de un Plan de Inversiones carente de aprobación del extremo contractual concedente» (Prueba No. 15).

En otros términos, las razones que motivaron el archivo la actuación administrativa mencionada redundaron en la incorrecta adecuación típica del pliego de cargos: no en el reconocimiento de circunstancias de imposibilidad de ejecución del contrato (físicas o jurídicas) como, falsamente, lo presenta el apoderado del concesionario.

De hecho, en el citado acto administrativo (Resolución No. 000181 de 2019), también, se consignó que «en aras a garantizar el interés general, la correcta prestación de servicios públicos y el aprovechamiento de los bienes estatales; el Despacho considera prudente

⁶ Consejo de Estado. Sentencia 33608 DE 2014

cominar al contratista a presentar el Plan de Inversiones, en caso de que, hasta la presente, éste no se haya sometido al análisis y aprobación de la Corporación».

- Con respecto a la existencia de un trámite de modificación contractual, presentada como justificación de la no entrega del plan de inversiones, se reiteran las consideraciones indicadas en el acápite No. 5.3.1.2.1 de este acto administrativo. De tal manera que el régimen legal que regula los derechos y obligaciones de las partes se contrae al Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 y las modificaciones perfeccionadas, de conformidad con la Ley 80 de 1993. En otros términos, la iniciación de un trámite de modificación contractual no suspende el deber de cumplir con las previsiones contractuales.

En lo tocante a prescripción de las acciones derivadas del contra seguro, es preciso anotar que la no entrega del cronograma de actividades e inversiones (o Plan de Inversiones) es una conducta continuada, por lo tanto, la contabilización del término de prescripción, previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, deberá iniciar desde el día siguiente a aquel en que cesó de ejecutarse la conducta. En el caso concreto, como se anotó, el concesionario persiste en el incumplimiento, lo que obliga a este Despacho a contabilizar la prescripción desde el último día de vigencia de la Póliza de Seguro No. 85-44-101041709, esto es, el veintiuno (21) de marzo de 2018. De suerte que operó la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro el día veintiuno (21) de marzo de 2020.

Dicho lo anterior, este Despacho concluye que se encuentra probado el incumplimiento de la Cláusula Quinta del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998. Ahora bien, bajo esta premisa, se procederá a dilucidar si este hecho comporta una afectación grave que amenaza con la paralización de la obra y servicio contratado.

En tal sentido, debe tenerse que la entrega del «*proyecto definitivo, el cronograma de actividades e inversión y las fechas de iniciación y terminación de la construcción de las obras e instalación de Los equipos necesarios para operar el puerto*» es un presupuesto indispensable para que se pueda llevar a cabo el objeto contractual, de suerte que su ausencia comporta la parálisis de la concesión portuaria, lo cual obliga a la Administración a declarar la caducidad de la misma.

Por consiguiente, en la parte resolutiva de esta decisión se declarará el incumplimiento grave y caducidad del Contrato de Concesión No. 023 de 1998.

5.3.2 NO PAGO DE LAS CUOTAS DE CONTRAPRESTACIÓN PORTUARIA

5.3.2.1 Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.3.2.1.1 Sociedad Portuaria de Bocas de Ceniza S.A.

En las oportunidades para presentar los descargos y alegaciones, el apoderado especial y el representante legal de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. apuntaron que el proyecto originalmente propuesto consistente en un puerto granelero no es técnica ni financieramente viable y, por tales razones, se solicitó una modificación del contrato que contemplara la ejecución de un puerto multipropósito.

A su turno, argumentan que, el contrato, en la actualidad, es de imposible cumplimiento.

Por otro lado, subrayan que prueba de la disposición de cumplimiento del contrato es la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012, en la cual Cormagdalena señaló que «*se evidencia la existencia de nuevos inversionistas y nuevos capitales destinados a la ejecución del proyecto, lo cual brinda garantías a CORMAGDALENA sobre la efectiva reactivación del mismo*».

Asimismo, reseñaron sus variados esfuerzos para obtener financiamiento para el proyecto y la solicitud de modificación contractual elevada ante esta Corporación.

5.3.2.1.2 Seguros del Estado S.A.

Con respecto al porcentaje de las cuotas de contraprestación portuaria adeudada al Distrito de Barranquilla (por las vigencias 2017 y 2018), sostiene que no existe ningún perjuicio para Cormagdalena. Además, el único legitimado para efectuar el cobro de tales saldos es el Distrito de Barranquilla, como en efecto se evidencia en el procedimiento de cobro activo que está adelantando contra el contratista.

Igualmente, agrega que se ha configurado el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio. En el caso concreto han transcurrido más de dos (2) años contados desde fecha de exigibilidad de las cuotas de contraprestación portuaria.

5.3.2.1.3 Liberty Seguros S.A.

En los descargos, señaló que, señaló el incumplimiento se presentó por fuera del período de vigencia de la póliza de cumplimiento.

En los alegatos, sostuvo que con la Resolución No. 181 de 2019 se encontró superado este incumplimiento, de manera que los incumplimientos de la presente actuación administrativa discutidos se dieron por fuera del período de vigencia de la póliza.

5.3.2.2 De las conclusiones del incumplimiento

En aras a determinar si se ha verificado un incumplimiento injustificado en el pago de las cuotas de contraprestación portuaria, este Despacho considera conveniente prefijar los derroteros en torno a los cuales procederá a evaluar la conducta del investigado, subrayando que dicho examen estará inescindiblemente ligado a los argumentos expuestos por el concesionario y sus garantes. Es decir, el estudio de la responsabilidad contractual, además de ponderar los elementos de prueba obrantes en el expediente, analizará cada uno los argumentos empleados a modo de descargos y alegaciones por los intervenientes en la actuación.

Así, en lo que respecta al pago de la contraprestación portuaria, se procederá a constatar si esta obligación ha sido ejecutada y, en caso afirmativo, se decretará la cesación de la actuación en lo relativo a este cargo. En caso contrario, se evaluarán los argumentos enderezados a establecer si el incumplimiento obedece a causas extrañas al contratista.

En tal sentido, a la fecha de emisión de la citación No. 02003002555 del 26 de noviembre de 2020, el estado de cuenta del contrato No. 0023 de 1998 develaba que el concesionario adeudaba a Cormagdalena la suma de dos mil millones seiscientos veintinueve mil ochocientos setenta y un pesos (2.000.629.871), sustentados en el estado de cuenta (Prueba No. 31), suscrito por la Profesional de Tesorería de CORMAGDALENA, y los cuales fueron discriminados de la siguiente manera:

Estado de Cuenta a 31 de mayo de 2020 CR 3-0023-1998 Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.		
VALORES POR CANCELAR	USD	COP
Intereses de mora		\$254.130.921
Zona de Playa	\$450.202,76	\$1.674.164.205
Actualización IPC		\$72.334.448
Multa		0
TOTAL A PAGAR EN PESOS:		\$2.000.629.871

Fecha de Corte: 30 de julio de 2020.

Con respecto al porcentaje de contraprestación a favor del Distrito de Barranquilla, según consta en el oficio GGI-RE-DE-00019-20 del 29 de enero de 2020, por concepto de las vigencias 2017 y 2018, el concesionario adeuda novecientos setenta y siete millones quinientos cuarenta y cuatro mil cuatrocientos cincuenta y cuatro pesos (\$977.544.454), por los cuales se dio inicio al procedimiento de cobro coactivo GGI-FI-RD-00002-19 (Prueba No. 25, 32 -33).

Con respecto a las vigencias 2019 y 2020, de acuerdo con la comunicación GGR-RE-OF-00178 del 5 de agosto de 2020, emitida por la Gerencia de Gestión de Ingresos de la Alcaldía de Barranquilla, el concesionario adeuda trescientos mil cuatrocientos diez dólares de los Estados Unidos de América (USD 300.410), por concepto de capital (Prueba No. 34).

El impago de las cuotas de contraprestación antes señaladas, además de aparejar la causación de intereses moratorios, se traduce en una transgresión de las siguientes cláusulas contractuales:

«CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA: CONTRAPRESTACIÓN Y VALOR DEL CONTRATO. Para todos los efectos el valor del presente contrato es la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRCIA (US

\$2.463.819.00) a valor presente, liquidados a la Tasa Representativa del Mercado —TRM— del día de pago, la cual incluye los siguientes conceptos: 7.1 La suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRCIA (US \$2.463.819.00) a valor presente por la utilización en forma temporal y exclusiva de la zona de uso público y zona accesorias a ésta, con base en un período de treinta (30) años que es el plazo de la concesión.7.2 FORMA DE PAGO: A partir del perfeccionamiento del presente contrato, EL CONCESIONARIO pagará de la siguiente forma la contraprestación.7.2.1: Por la utilización en forma temporal y exclusiva de la zona de uso público y zona accesorias a ésta, la suma de DOS MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y TRES MIL OCHOCIENTOS DIECINUEVE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRCIA (US \$2.463.819.00) a valor presente, pagaderos dentro de los cinco (5) días siguientes ala fecha de perfeccionamiento del presente contrato de concesión, y liquidados a la Tasa Representativa del Mercado —TRM— del día de pago ; o en su defecto tres (3) cuotas cada una de CIEN MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRCIA (US \$100.000.00), cuatro (4) cuotas cada una de TRESCIENTOS MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRCIA (US \$ 100.000) y las veintitrés (23) cuotas restantes cada una de TRESCIENTOS SETENTA Y CINCO MIL QUINIENTO TRECE DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRCIA (US \$375.513.00), liquidados a la Tasa Representativa del Mercado —TRM— del día de pago, pagaderos por anualidades anticipadas, la primera de ellas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de perfeccionamiento del presente contrato, y las restantes dentro de los cinco días siguientes al inicio de cada anualidad- El 80% le corresponde a la Nación y el 20% al Distrito de Barranquilla, de conformidad con los establecido en el numeral 7.1 del artículo séptimo de la Ley 01 de 1991».

«CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: 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, la siguientes: 13.1. Pagar la contraprestación, a que se refiere la Cláusula Décima Tercera (sic) de este Contrato, la Tasa de Vigilancia Portuaria que para el efecto establezca LA SUPERINTENDENCIA y a conservar en buen estado de Operación y Mantenimiento las instalaciones Portuarias».

Por otro lado, conviene anotar que el hecho de que el Distrito de Barranquilla sea beneficiario del veinte por ciento (20%) de la contraprestación portuaria no obsta para que esta Corporación, en su calidad de concedente, vigile el pago oportuno de dicho importe, pues, éste está sustentado en una norma contractual y en virtud de la relación negocial. En ese orden de ideas, carece de asidero la aseveración de Seguros del Estado S.A., según la cual, en este procedimiento se persigue el cobro de las sumas adeudadas al Distrito de Barranquilla. En esta actuación no se están ejerciendo prerrogativas de cobro coactivo, sino dilucidando la responsabilidad contractual del contratista por el no pago; razón por la cual, la gestión de cobro de cartera (persuasiva o coactiva) que despliegue el Distrito de Barranquilla es independiente de lo que se resuelva en este procedimiento administrativo sancionatorio.

En lo tocante a prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, es preciso anotar que el no pago de la contraprestación portuaria es una conducta continuada, por lo tanto, la contabilización del término de prescripción, previsto en el artículo 1081 del Código de Comercio, deberá iniciar desde el día siguiente a aquel en que cesó de ejecutarse la conducta. En el caso concreto, como se anotó, el concesionario persiste en el incumplimiento, lo que obliga a este Despacho a contabilizar la prescripción desde el último día de vigencia de la Póliza de Seguro No.

85-44-101041709, esto es, el veintiuno (21) de marzo de 2018. De esta suerte, operó el fenómeno de la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro con respecto a las cuotas de los años 2017 y 2018.

Igualmente, a estar amparado el contrato bajo examen hasta el veintiuno (21) de marzo de 2018, no procede la declaratoria de siniestro de incumplimiento por los impagos de las cuotas de 2019 y 2020.

Finalmente, las dificultades financieras y de construcción alegadas por el contratista para justificar su incumplimiento constituyen riesgos contractuales inherentes al esquema jurídico-financiero del contrato de concesión, por lo cual no pueden ser trasladados a la Administración.

Visto lo anterior, es evidente que la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza ha incurrido en un incumplimiento reiterado y prologando de la obligación de pagar la contraprestación portuaria, el cual no está justificado bajo ninguna causal eximente de responsabilidad. Por lo tanto, este Despacho encuentra probada la infracción de las cláusulas Décima Segunda y el numeral 13.1 de la cláusula Décima Tercera.

5.3.3 NO CONSTITUCIÓN DE LAS GARANTÍAS DE CUMPLIMIENTO

5.3.3.1 Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.3.3.1.1 Sociedad Portuaria de Bocas de Ceniza S.A.

En las oportunidades para presentar los descargos y alegaciones, el apoderado especial y el representante legal de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. apuntaron que el proyecto originalmente propuesto consistente en un puerto granelero no es técnica ni financieramente viable y, por tales razones, se solicitó una modificación del contrato que contemplara la ejecución de un puerto multipropósito.

A su turno, argumentan que, el contrato, en la actualidad, es de imposible cumplimiento.

Por otro lado, subrayan que prueba de la disposición de cumplimiento del contrato es la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012, en la cual Cormagdalena señaló que «*se evidencia la existencia de nuevos inversionistas y nuevos capitales destinados a la ejecución del proyecto, lo cual brinda garantías a CORMAGDALENA sobre la efectiva reactivación del mismo*».

Asimismo, reseñaron sus variados esfuerzos para obtener financiamiento para el proyecto y la solicitud de modificación contractual elevada ante esta Corporación.

5.3.3.1.2 Seguros del Estado S.A.

En desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, a través de su apoderado especial, a manera de descargos, subrayó que, el día 19 de septiembre de 2017, la compañía remitió un comunicado radicado SEB 473-2017 a la Corporación, informando que, en uso de la facultad prevista en el artículo 2.2.1.2.3.1.3 del Decreto 1082 de 2015, no ampararían vigencias posteriores al 21 de marzo de 2018.

Asimismo, agregó que, de conformidad con el artículo 43 del Decreto 474 de 2015 compilado por el artículo 2.2.3.3.7.7 del Decreto 1079 de 2015, la compañía informó que no continuaría asumiendo los riesgos del contrato, al vencimiento de la póliza.

Finalmente, en sus alegatos de conclusión, sostuvo que, en lo que atañe a la responsabilidad de la aseguradora, que la vigencia de la póliza estuvo vigente hasta el 21 de septiembre de 2018. Así, con respecto a los cargos por no pago de la contraprestación portuaria y la no renovación de la matrícula mercantil, los hechos constitutivos se verificaron después del período amparado.

5.3.3.1.3 Liberty Seguros S.A.

En desarrollo de la audiencia de que trata el artículo 86 de la ley 1474 de 2011, en la oportunidad para presentar descargos, por medio de apoderada espacial, sostuvo que el incumplimiento debió ocurrir dentro del período de vigencia de la póliza, es decir, entre el lapso comprendido entre el trece (13) de marzo de 2013 y el veintiuno (21) de marzo de 2018, por lo cual, esta situación aconteció fuera del período de cobertura. Asimismo, señala que, el veintiuno (21) de marzo de 2020, se verificó la prescripción ordinaria de las acciones del contrato de seguro prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.

A su turno, en la sesión de alegatos de conclusión, arguyó que se configuró la prescripción de la acción derivada del contrato de seguros el veintiuno (21) de septiembre de 2020. Igualmente, adujo que el amparo de cumplimiento de la póliza estuvo vigente hasta veintiuno (21) de septiembre de 2018 y, por tanto, los períodos no cubiertos de los años 2018, 2019, 2020 no pueden imputarse a la póliza otorgada a la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A.

5.3.3.2 De las conclusiones del incumplimiento

Como punto de partida para el análisis de este cargo, se dilucidarán los argumentos de las compañías garantes que han sostenido que esta conducta no hace parte de los riesgos por la póliza No. 85-44-101041709 y, en todo caso, habría prescrito en los términos del artículo 1081 del Código de Comercio. Seguidamente, se examinarán los argumentos del contratista.

Este Despacho haya razón a los garantes, en el sentido de que no pueden afectarse los montos cubiertos por la póliza No. 85-44-101041709 porque el contratista no haya restablecido su valor o actualizado los amparos previstos por el artículo 2.2.3.3.7.5. del Decreto 1069 de 2015. Esto por la simple razón de que, dado el carácter consensual del contrato de seguro (1037 del Código de Comercio), no resulta plausible imputar responsabilidades al asegurador por la decisión del contratista de no renovar periódicamente las garantías legales.

Es menester resaltar que “*la inclusión de cláusulas de garantías contractuales en los contratos celebrados por la administración, no solo se erige como un requisito de obligatorio cumplimiento por parte del contratista, sino también en un instrumento para salvaguardar intereses de carácter general, garantizar el adecuado cumplimiento del objeto contractual, así como también proteger el patrimonio público de los detrimientos que se puedan causar con ocasión de los eventuales incumplimientos en que incurra el contratista*”⁷.

En el curso de la presente actuación administrativa, el concesionario no aportó o acreditó la actualización y constitución de las garantías, lo cual constituye una transgresión de los dispuesto en el contrato, así como del régimen de contratación estatal.

En ese sentido, de acuerdo con el parágrafo del numeral 1 de la cláusula Octava del contrato No. 023 de 1998 «*(...) EL CONCESIONARIO deberá ajustar las cuantías de las pólizas de que tratan los Numerales 8.1.1., 8.1.2., 8.1.3., de tal manera que cumplan con los porcentajes para el efecto fijados por las disposiciones vigentes*

A su turno, el parágrafo del numeral 2 de cláusula Octava del contrato No. 023 de 1998, el cual versa sobre la garantía de pago de salarios y prestaciones sociales, reza: «*EL CONCESIONARIO deberá cumplir con todos los requisitos para conservar vigentes las garantías exigidas y será de su cargo el pago oportuno de las primas y demás costos de constitución y auditoría*».

Se trasluce entonces que el concesionario está en la obligación de constituir y mantener vigentes las garantías durante el plazo contractual, además de reajustar éstas de conformidad con las normas vigentes. En el caso concreto, la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. debió adecuar sus garantías conforme a los parámetros de cobertura y suficiencia que impone el Decreto 1079 de 2015.

Así las cosas, de conformidad con el artículo 2.2.3.3.7.1. del Decreto 1079 de 2015, «*en los contratos de concesión portuaria, concesión para embarcaderos y autorizaciones temporales, para actividades portuarias en áreas marítimas y fluviales, se deberán otorgar las garantías que a continuación se enuncian: (i) la seriedad de los ofrecimientos, (ii) el cumplimiento de las obligaciones del contrato de concesión portuaria, cualquiera que sea su naturaleza, (iii) la responsabilidad extracontractual que pueda surgir para la administración y (iv) los demás riesgos a que se encuentre expuesta la administración*».

Por su parte, el artículo 2.2.3.3.7.5. del Decreto 1079 de 2015 señala: «***Garantía de cumplimiento de las obligaciones generales de los contratos de concesión portuaria, concesiones para embarcaderos y autorizaciones temporales sobre zonas de uso público marítimas y fluviales. En zonas de uso público marítimas y fluviales, los beneficiarios de contratos de concesión portuaria, concesión para embarcaderos y autorización temporal deberán otorgar garantía que ampare a la Nación, a través de la entidad concedente, al Instituto Nacional de Vías-INVIAS, a la Superintendencia de Puertos y Transporte y al municipio o distrito donde opere el puerto o el***

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 20 de febrero 2017 Radicación No. 25000-23-36-000-2013-02062-01(53839)

embarcadero, de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato de concesión o autorización.

Esta garantía se otorgará para las concesiones portuarias y concesiones para embarcaderos por el tres por ciento (3%) del valor del plan de inversión aprobado, sin que en ningún caso, ésta pueda ser inferior a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Esta garantía se otorgará para las autorizaciones temporales por el tres por ciento (3%) del valor comercial de los inmuebles por destinación y de la infraestructura construida en la zona de uso público, donde funcione el puerto, muelle o embarcadero, sin que en ningún caso, ésta pueda ser inferior a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes.

El valor asegurado se establecerá en dólares de los Estados Unidos de América, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado -TRM del día de su expedición o en la moneda que se establezca para el pago de la contraprestación.

La vigencia de la garantía será como mínimo igual al plazo de los contratos de concesión portuaria, concesión para embarcadero o autorización temporal y seis (6) meses más, y en caso de prórroga del plazo o modificación de los contratos, la misma deberá ser prorrogada o reajustada.

La mencionada garantía en todos los casos deberá cubrir el pago de las multas y la cláusula penal.

Adicionalmente dentro de la garantía de cumplimiento deben cubrirse los siguientes amparos:

a) Garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales este amparo tendrá por objeto garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones del personal que el concesionario vincule para la ejecución del contrato.

El valor asegurado de la garantía de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales de las concesiones portuarias, concesiones para embarcaderos y autorizaciones temporales será como mínimo del cinco por ciento (5%) del valor total de la contraprestación. La garantía se otorgará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado - TRM del día de su expedición, o en la moneda que se establezca para el pago de la contraprestación. Esta garantía tendrá una vigencia igual al término de duración del contrato de concesión portuaria, concesión para embarcadero o autorización temporal y tres (3) años más.

b) Garantía de calidad de mantenimiento de las construcciones e inmuebles por destinación. Por medio de la cual los beneficiarios de concesiones portuarias y concesiones para embarcaderos garantizan a la Nación, a través de la entidad concedente, la calidad de mantenimiento que se hubiera efectuado en las obras ejecutadas en la zona de uso público y en los inmuebles por destinación. El valor de esta garantía será del cinco por ciento (5%) del valor de los bienes a revertir que hayan sido objeto de labores de mantenimiento, sin que en ningún caso ésta pueda ser inferior a cien (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La vigencia de esta cobertura será de dos (2) años contados a partir de la suscripción del acta de reversión. El valor asegurado de la garantía

de calidad de mantenimiento de las construcciones e inmuebles por destinación se expresará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado TRM del día de su expedición o en la moneda que se establezca para el pago de la contraprestación.

c) Garantía de estabilidad y calidad de las obras. Por medio de este amparo los beneficiarios de concesiones portuarias y concesiones para embarcadero garantizan a la Nación, a través de la entidad concedente, la estabilidad de la obra construida en zona de uso público. El valor de esta garantía será del cinco por ciento (5%) del valor de la obra construida, sin que en ningún caso ésta pueda ser inferior a (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes. La vigencia de esta cobertura será de cinco (5) años contados a partir de la fecha de finalización de la obra, situación que será certificada por escrito por el concesionario a la entidad concedente, la cual deberá avalar dicha circunstancia. El valor asegurado de la garantía de estabilidad de la obra se expresará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado - TRM del día de su expedición o en la moneda que se establezca para el pago de la contraprestación».

Esta garantía se asimila a las contempladas en los numerales 8.1.2. y 8.2. de la Cláusula Octava del contrato de concesión portuaria No. 023 de 1998. Habida cuenta que el investigado no allegó la documentación que acredite la constitución o renovación de la misma, se encuentra probado que el concesionario ha incurrido en un incumplimiento de la disposición contractual anotada.

En sentido similar, el artículo 2.2.3.3.7.6. del Decreto 1079 de 2015 dispone: «**Póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual.** Por medio de la cual los beneficiarios de contratos de concesión portuaria, concesión para embarcaderos y autorizaciones temporales amparan a la Nación, a través de las entidades que las otorgan, frente al pago de indemnizaciones que llegaren a ser exigibles como consecuencia de daños causados a terceros. El valor asegurado del seguro de responsabilidad civil extracontractual para contratos de concesión portuaria y concesión para embarcaderos será como mínimo del diez por ciento (10%) del valor total del plan de inversión aprobado. El valor asegurado del seguro de responsabilidad civil extracontractual de las autorizaciones temporales, será como mínimo del diez por ciento (10%) del valor comercial de los inmuebles por destinación y de la infraestructura construida en zona de uso público. El valor asegurado de la póliza de seguro de responsabilidad civil extracontractual se expresará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado - TRM del día de su expedición o en la moneda que se establezca para el pago de la contraprestación. Esta póliza tendrá una vigencia igual al término de duración de los contratos de concesión portuaria, concesión para embarcaderos y autorización temporal».

Esta garantía se asimila a las contempladas en los numerales 8.1.3 de la Cláusula Octava del contrato de concesión portuaria No. 023 de 1998. Habida cuenta que el investigado no allegó la documentación que acredite la constitución o renovación de la misma, se encuentra probado que el concesionario ha incurrido en un incumplimiento de la disposición contractual anotada.



Para efectos ilustrativos, en la siguiente tabla se presentan las garantías constituidas por el concesionario, los riesgos amparados, los períodos de vigencia de las garantías, así como su última actualización.

Garantía	Amparo	Desde (DD/MM/AA)	Hasta (DD/MM/AA)	Última actualización (DD/MM/AA)
Cumplimiento de obligaciones generales del contrato de concesión portuaria.	Cumplimiento de obligaciones.	21-03-2013	21-03-2018	03-04-2013
	Salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones.	21-03-2013	21-03-2018	03-04-2013
	Calidad de mantenimiento de las construcciones.	----	----	----
	Estabilidad y calidad de la obra.	----	----	----
Responsabilidad civil extracontractual.	Daños causados a terceros.	03-04-2013	21-03-2018	03-04-2013

Visto lo anterior, el Despacho advierte que la conducta omisiva del administrado se ha traducido en un desamparo absoluto de los riesgos inherentes a la ejecución del contrato de concesión portuaria, los cuales deben estar cubiertos por virtud de la ley como se acotó en líneas anteriores. Asimismo, desde del año 2013, no se evidencian actualizaciones del «*valor asegurado*», situación que podría comprometer patrimonio público, en razón de que dicho monto no reflejaría las variaciones macroeconómicas que afectan el valor de la moneda, tales como la tasa de cambio, la inflación, entre otros.

En sentido similar, la Agencia Nacional de Contratación Pública ha sostenido que «*la garantía de cumplimiento del contrato estatal es aquella mediante la cual una compañía de seguros se compromete a pagar los perjuicios derivados del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador, en virtud de la celebración de un contrato. Tienen carácter indemnizatorio, pues su finalidad como es proteger el patrimonio público del daño que le puede ocasionar el posible incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del particular contratista, para de esta manera evitar que dicho patrimonio se vea afectado o empobrecido*

⁸.

En consonancia con lo anterior, el Consejo de Estado, refiriéndose a los contratos de seguro que amparan la observancia de contratos estatales, ha señalado que «*en cuanto el objetivo de esta clase especial de contratos de seguro es el de garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asume el contratista particular por razón de la celebración de un determinado contrato estatal, el cual, a su turno, debe apuntar, entre otros propósitos, al cumplimiento de los fines estatales y al aseguramiento de la continua y eficiente prestación de los servicios públicos a cargo de la entidad estatal contratante* (artículo 3, Ley 80), resulta indiscutible entonces que también el contrato de

⁸ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA: Síntesis 8 *Garantía de cumplimiento del contrato estatal* : sintesis.colombiacompra.gov.co/sintesis/8-etapa-precontractual-garant%C3%ADa-de-cumplimiento-del-contrato-estatal [en línea][citado el 10 de junio de 2021]

seguro participa de una misma y común finalidad con el contrato estatal, la cual se encuentra directa e inmediatamente relacionada con la satisfacción del interés general y de los cometidos estatales»⁹(negritas originales).

Las consideraciones transcritas en los apartes anteriores permiten concluir que las garantía legales están inescindiblemente ligadas a la prestación continua de los servicios públicos y la satisfacción de los cometidos estatales que se persiguen alcanzar con la contratación pública, pues, ante al acaecimiento de un siniestro de incumplimiento contractual y postcontractual o responsabilidad civil extracontractual (inestabilidad de la obra, impago de salarios, daño a terceros, etc.), la Administración puede contar con mecanismos de cobertura suficientes para atender los riesgos financieros y constructivos inherentes a cualquier obra pública, sin verse abocada a suspender la ejecución del objeto contractual por falta de recursos económicos.

En otros términos, cuando no se cuenta con mecanismos de cobertura para atender eventos constitutivos de siniestro que pudieren afectar la correcta ejecución de los contratos, existe un riesgo directo e inminente de lesión del patrimonio público y de paralización de la obra convenida

Por otro lado, en correlación con las normas citadas en este epígrafe, el numeral 13.13 de la cláusula Décima Tercera establece que el concesionario debía «*mantener vigente las garantías de que trata la Cláusula Octava del presente Contrato que se constituyan en desarrollo del mismo y reponer su monto cada vez que se disminuya o agote, de oficio o a solicitud de LA SUPERINTENDENCIA*». Por consiguiente, la ausencia de elementos que permitan demostrar que el concesionario radicó los documentos que acrediten la constitución o renovación de las garantías, conduce a este despacho a estimar que pueden haberse configurado transgresiones a la disposición precitada.

Aunado a las consideraciones anteriores, conforme se reseñó en líneas anteriores del presente documento, la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. exhibió una renuencia sistemática en atender los requerimientos de actualización que impartió esta entidad al respecto (Pruebas No. 27 - 30); comportamiento contrario al deber de conducta del artículo 5.2 de la ley 80 de 1993 que dispone que los contratistas «*colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les imparten y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse*».

En concordancia con la vulneración del artículo 5.2 de la ley 80 de 1993, el Despacho encuentra probado que el concesionario desacató los requerimientos encaminados a la constitución y renovación de las garantías, lo que, también, comportó una infracción de la cláusula Décima Tercera, cuya letra reza: «**CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: 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:

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 19 de febrero de 2009, radicación: 05001-23-31-000-2000-01720-01(24609).

(...)13.19. *Las otras obligaciones que se deriven de la Ley y demás disposiciones vigentes sobre aspectos técnicos»* (Pruebas No. 27 - 30).

Finalmente, se reitera que las dificultades financieras y de construcción alegadas por el contratista para justificar su incumplimiento constituyen riesgos contractuales inherentes al esquema jurídico-financiero del contrato de concesión, por lo cual no pueden ser trasladados a la Administración.

En síntesis, el Despacho advierte que la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A., al no renovar o constituir las garantías de que tratan los artículos 2.2.3.3.7.1, 2.2.3.3.7.5 y 2.2.3.3.7.6 del Decreto 1079 de 2015, así como al desatender de los requerimientos enviados por esta Corporación, incurrió en incumplimiento de las siguientes disposiciones: cláusula Octava y numerales 13.13 y 13.19 de la cláusula Décimo Tercera del Contrato de Concesión Portuaria No. 23 de 1998; artículos 5.2 de la Ley 80 de 1993 y 2.2.3.3.7.1, 2.2.3.3.7.5 y 2.2.3.3.7.6 del referenciado Decreto 1079 de 2015.

Esta afectación es reiterada y grave, en tanto, se demostró que, entre los años 2013 y 2018, no se actualizó el importe de las coberturas de riesgos de cumplimiento de obligaciones, daños causados a terceros, y pago de salarios y prestaciones sociales. Desde el 2013 hasta el presente, no se constituyó garantía calidad de mantenimiento de las construcciones y estabilidad de la obra. Y, desde el año 2018, la Administración está totalmente desamparada frente a cualquier evento constitutivo de siniestro que llegare a sobrevenir.

Este incumplimiento *per se* es de tal gravedad y sistematicidad que obliga a la Administración a declarar la caducidad del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.

5.3.4 NO RENOVACIÓN DE LA MATRÍCULA MERCANTIL

5.3.4.1 Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.3.4.1.1 Sociedad Portuaria de Bocas de Ceniza S.A.

En las oportunidades para presentar los descargos y alegaciones, el apoderado especial y el representante legal de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. apuntaron que el proyecto originalmente propuesto consistente en un puerto granelero no es técnica ni financieramente viable y, por tales razones, se solicitó una modificación del contrato que contemplara la ejecución de un puerto multipropósito.

A su turno, argumentan que, el contrato, en la actualidad, es de imposible cumplimiento.

Por otro lado, subrayan que prueba de la disposición de cumplimiento del contrato es la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012, en la cual Cormagdalena señaló que «*se evidencia la existencia de nuevos inversionistas y nuevos capitales destinados a la ejecución del proyecto, lo cual brinda garantías a CORMAGDALENA sobre la efectiva reactivación del mismo*».

Asimismo, reseñaron sus variados esfuerzos para obtener financiamiento para el proyecto y la solicitud de modificación contractual elevada ante esta Corporación.

5.3.4.1.2 Seguros del Estado S.A.

A través de su apoderado especial, en oportunidad para rendir descargos, sostuvo que los informes de interventoría indican que el incumplimiento de esta obligación se verificó a partir del año 2019, mientras la póliza estuvo vigente hasta el mes de marzo de 2018. Asimismo, en la oportunidad para alegar de conclusión, reiteró que los hechos relacionados con la no renovación de la matrícula mercantil fueron posteriores periodo de vigencia del amparo otorgado.

5.3.4.1.3 Liberty Seguros S.A.

A través de su apoderado especial, tanto en los descargos como en las alegaciones finales, sostuvo que el incumplimiento relacionado con la no renovación de la matrícula mercantil fue posterior al periodo de vigencia del amparo otorgado, pues, se generó el primero (1) de abril de 2019.

5.3.4.2 De las conclusiones del incumplimiento

De acuerdo a lo consignado en las citaciones las citaciones No. C.E OAJ 202003002555, 202003002882, 202003002884, la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. no ha renovado la matrícula mercantil, lo cual se evidencia en certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (Prueba No.38), en el cual se aprecia que la última anualidad renovada fue 2018. En tal sentido, el concesionario está en mora de satisfacer esta obligación, desde el 2 de abril de 2019 (comunicado No. 19-31022 del 14 de febrero de 2019 emitido por la Superintendencia de Industria y Comercio) (Prueba No. 36). Esta omisión que para el despacho se proyecta como un incumplimiento del contrato de concesión portuaria No. 23 de 1998, en la medida que la cláusula Décima Tercera establece:

«CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: 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 (...)»

De esta suerte, la desatención de deberes legales fijados en normas mercantiles, ambientales, administrativas o de cualesquiera índoles comporta una infracción al contrato, por cuanto, la cláusula transcrita subraya que es una obligación del contratista observar la totalidad de los preceptos del orden jurídico. En lo tocante a la matrícula mercantil, el artículo 19.1 del Código de Comercio prescribe:

«ARTÍCULO 19. OBLIGACIONES DE LOS COMERCIANTES. Es obligación de todo comerciante: 1) Matricularse en el registro mercantil».

En concordancia, el art. 33 del Código de Comercio preceptúa:

«ARTÍCULO 33. <RENOVACIÓN DE LA MATRÍCULA MERCANTIL - TÉRMINO PARA SOLICITARLA>. La matrícula se renovará anualmente, dentro de los tres primeros meses de cada año. El inscrito informará a la correspondiente cámara de comercio la pérdida de su calidad de comerciante, lo mismo que cualquier cambio de domicilio y demás mutaciones referentes a su actividad comercial, a fin de que se tome nota de ello en el registro correspondiente. Lo mismo se hará respecto de sucursales, establecimientos de comercio y demás actos y documentos sujetos a registro».

Como corolario, se encuentra que el contratista incurrió en una violación de la cláusula Décima Tercera del contrato No. 023 de 1998, los artículos 19 y 33 del Código de Comercio y el artículo 1 del Decreto 434 de 2020. Ahora bien, en relación con la afectación de la póliza de cumplimiento no se declarará ninguna afectación, toda vez que el incumplimiento se configuró el dos (2) de abril de 2019, esto es, con posterioridad al período de vigencia de la póliza.

5.3.5 NO PERMITIR EL SEGUIMIENTO Y VIGILANCIA DEL CONTRATO, POR PARTE DE CORMAGDALENA

5.3.5.1 Descargos y alegatos de los Intervinientes

5.3.5.1.1 Sociedad Portuaria de Bocas de Ceniza S.A.

En las oportunidades para presentar los descargos y alegaciones, el apoderado especial y el representante legal de la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. apuntaron que el proyecto originalmente propuesto consistente en un puerto granelero no es técnica ni financieramente viable y, por tales razones, se solicitó una modificación del contrato que contemplara la ejecución de un puerto multipropósito.

A su turno, argumentan que, el contrato, en la actualidad, es de imposible cumplimiento.

Por otro lado, subrayan que prueba de la disposición de cumplimiento del contrato es la Resolución No. 409 del 7 de diciembre de 2012, en la cual Cormagdalena señaló que «*se evidencia la existencia de nuevos inversionistas y nuevos capitales destinados a la ejecución del proyecto, lo cual brinda garantías a CORMAGDALENA sobre la efectiva reactivación del mismo*».

Asimismo, reseñaron sus variados esfuerzos para obtener financiamiento para el proyecto y la solicitud de modificación contractual elevada ante esta Corporación.

5.3.5.1.2 Seguros del Estado S.A.

En los descargos y alegaciones, señaló que los hechos se dieron por fuera del período de vigencia de la póliza.

5.3.5.1.3 Liberty Seguros S.A.

En los descargos y alegaciones, señaló que los hechos se dieron por fuera del período de vigencia de la póliza.

5.3.5.2 De las conclusiones del incumplimiento

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se constató que la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. no dio respuesta a los requerimientos CINP- 473-021-3222, CINP- 473-045-3513, CINP- 473-065-3814, CINP- 473-100-4363 del año 2019, entre otros realizados por el Consorcio C-BQ (Prueba No. 18, 19,20, 21 y, 22) con el objeto de que la entidad pudiere ejercer sus funciones de control y vigilancia. Estas omisiones constituyen incumplimientos a diversas disposiciones contractuales, cuyo texto se transcribe a continuación:

«CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO. (...)13.5. Permitir el control y vigilancia de LA SUPERINTENDENCIA, de conformidad con los términos legales y contractuales. 13.6 Cumplir con los demás requerimientos que las leyes prevean, respecto de otras autoridades, a través de LA SUPERINTENDENCIA. En este orden de ideas, EL CONCESIONARIO deberá cumplir con los requerimientos formulados por la Dirección General Marítima, la Dirección General de Impuestos y Aduanas Nacionales, la Corporación Nacional de Turismo de Colombia, el Ministerio de Medio Ambiente, y la Alcaldía Distrital de Barranquilla y por la SUPERINTENDENCIA, en los términos establecidos en la Resoluciones Nos. (sic) 0453 del 24 de julio de 1997 y 0928 del 6 de agosto de 1998 (...)

13.14. Suministrar a LA SUPERINTENDENCIA, los informes o datos que se requieran para ejercer sus funciones de control y vigilancia, en especial, deberá informar sobre los operadores portuarios que contrate, suministrando todos los datos que la entidad considere necesarios para el cabal ejercicio de las funciones a cargo de la Superintendencia General de Puertos»

«CLÁUSULA TRIGÉSIMA TERCERA, INTERVENTORÍA. LA SUPERINTENDENCIA ejercerá la intervención del presente contrato a través de la Dirección Técnica, quien deberá además vigilar todos los aspectos relacionados con el cumplimiento del contrato, e informar oportunamente sobre cualquier incumplimiento en que incurra EL CONCESIONARIO, certificar sobre el objeto del presente contrato cuando se requiera, lo anterior sin prejuicio de las demás obligaciones establecidas en la Ley».

Asimismo, la renuencia o reticencia del concesionario a dar respuesta al Consorcio C-BQ sobre asuntos relativos a la ejecución del contrato, también, constituye una transgresión al régimen de contratación pública; en particular, al art. 84 de la ley 1474 de 2011 que reza:

«ARTÍCULO 84. FACULTADES Y DEBERES DE LOS SUPERVISORES Y LOS INTERVENTORES. La supervisión e intervención contractual implica el seguimiento al ejercicio del cumplimiento obligacional por la entidad contratante sobre las obligaciones a cargo del contratista.

Los interventores y supervisores están facultados para solicitar informes, aclaraciones y explicaciones sobre el desarrollo de la ejecución contractual, y serán responsables por mantener

informada a la entidad contratante de los hechos o circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando tal incumplimiento se presente».

En sentido similar, la nula contestación de los requerimientos enviados por el interventor del contrato se erige como una infracción al art. 5.2 de la ley 80 de 1993 que establece «*los contratistas: (...) 2o. Colaborarán con las entidades contratantes en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad; acatarán las órdenes que durante el desarrollo del contrato ellas les impartan y, de manera general, obrarán con lealtad y buena fe en las distintas etapas contractuales, evitando las dilaciones y entrabamientos que pudieran presentarse».*

Conviene destacar que el incumplimiento de obligaciones de orden legal, a su turno, implica el incumplimiento de la obligación contractual prevista en la cláusula Tercera que señala: «**CLÁUSULA DÉCIMA TERCERA: 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 (...».

Vale decir que la reiterada reticencia del concesionario para dar respuesta a los informes requeridos por el interventor devela un intencionado propósito por obstaculizar las funciones legales de control y vigilancia de Cormagdalena, situación que amenaza, de manera grave, la ejecución del objeto contractual sobre las bases de transparencia y buena fe. Conductas como la descrita merecen ser reprochadas con la mayor severidad, pues, ponen de relieve un absoluto irrespeto por los principios legales de la contratación estatal.

Por consiguiente, el Despacho encuentra que la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. incumplió lo convenido en las cláusulas Trigésima Tercera y Décima Tercera del contrato No. 023 de 1998; y con relación a esta última, se habría transgredido el inciso 1 y los numerales 13.5, 13.6 y 13.14, conforme se expuso en presente acápite.

Finalmente, se destaca que, de conformidad con las pruebas No. 18 – 21, los entrabamientos y obstáculos a la función de control y vigilancia de la autoridad concedente se dieron por fuera del período de cobertura de la póliza de seguros no se ordenará la afectación de ésta.

5.4 CONSIDERACIONES FINALES

A manera de conclusión final, el Despacho encuentra que, con respecto a la obligación de presentar el cronograma de actividades e inversión o Plan de inversiones, , la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. incurrió en incumplimientos reiterados, los cuales adquieren una mayor relevancia al tener en cuenta que, mediante la Resolución No. 000409 del 7 de diciembre de 2012 (Prueba No. 11), esta autoridad adoptó medidas de intervención y control con el objeto de que el concesionario diera cabal cumplimiento a la Cláusula Quinta del Contrato. Sin embargo, a pesar de haber transcurrido más de ocho (8) años desde la expedición de dicha resolución, esta Corporación no ha recibido la documentación necesaria para aprobar el proyecto portuario definitivo. Este incumplimiento ha conducido a una situación de parálisis injustificada que afecta el interés general.

En segundo lugar, el concesionario está en mora de cancelar los porcentajes de contraprestación portuaria en cabeza del Distrito de Barranquilla y Cormagdalena desde 2017 y 2018 respectivamente. Este incumplimiento afecta un aspecto central del objeto contractual que consistente en la obligación de pagar una suma de dinero en favor de la autoridad concedente a cambio de que ésta otorgue el uso de una zona de uso público. Esta situación dificulta severamente la continuidad del contrato, por cuanto, genera un detimento económico para una de las partes que no está en el deber soportar sobre los postulados de la buena fe.

También, se constató que el marco contractual está desprovisto de los mecanismos de cobertura de riesgos fijados en la Ley, lo cual constituye una amenaza cierta y directa de afectación del patrimonio público que se viene presentado, de forma continuada, desde el año 2013.

Igualmente, se constató que el contratista obstaculizó deliberadamente las funciones de control y seguimiento de Cormagdalena, al desatender la totalidad de los requerimientos realizados a través de la Subdirección de Gestión Comercial o los interventores designados para el efecto, de acuerdo con las pruebas trasladadas en la citación. Aunado a lo anterior, se aprecia una gestión empresarial displicente, ya que no se cumplió con un deber corporativo elemental como renovar la matrícula mercantil.

De esa manera, se encuentran configurados los presupuestos normativos contenidos en el artículo 18 de la ley 80 de 1993, que señala:

«DE LA CADUCIDAD Y SUS EFECTOS. La caducidad es la estipulación en virtud de la cual si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencie que puede conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre.

En caso de que la entidad decida abstenerse de declarar la caducidad, adoptará las medidas de control e intervención necesarias, que garanticen la ejecución del objeto contratado. La declaratoria de caducidad no impedirá que la entidad contratante tome posesión de la obra o continúe inmediatamente la ejecución del objeto contratado, bien sea a través del garante o de otro contratista, a quien a su vez se le podrá declarar la caducidad, cuando a ello hubiere lugar.

Si se declara la caducidad no habrá lugar a indemnización para el contratista, quien se hará acreedor a las sanciones e inhabilidades previstas en esta ley.

La declaratoria de caducidad será constitutiva del siniestro de incumplimiento».

Lo anterior, teniendo en cuenta que se ha (i) constatado la existencia de hechos constitutivos de incumplimientos graves del contratista, (ii) que afectan de manera grave y directa la ejecución del contrato, (iii) y se ha evidenciado que conduce a su paralización, por lo que resulta procedente los efectos contenidos en la norma mencionada, con el fin de salvaguardar el interés público ínsito en el contrato mencionado.

Al respecto, el Consejo de Estado, en reciente jurisprudencia, ha manifestado:

“La potestad exorbitante de declaratoria de caducidad del contrato se encuentra regulada en el artículo 18 del Estatuto General de la Contratación Pública. En particular, este artículo define a la caducidad como la estipulación negocial, en virtud de la cual, si se presenta alguno de los hechos constitutivos de incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista, que afecte de manera grave y directa la ejecución del contrato y evidencia que pueda conducir a su paralización, la entidad por medio de acto administrativo debidamente motivado lo dará por terminado y ordenará su liquidación en el estado en que se encuentre. [...] La declaratoria de caducidad del contrato tiene los siguientes efectos o consecuencias: (i) dar por terminado el vínculo negocial sin que haya lugar a indemnización para el contratista; (ii) ordenar su liquidación en el estado en que se encuentre; (iii) hacer exigibles garantías por configuración del siniestro del incumplimiento; (iv) hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria y (v) configura para el contratista la inhabilidad para celebrar contratos con entidades públicas durante 5 años. En este sentido, la Corporación ha sostenido que la caducidad del contrato es la sanción más drástica que la entidad pública puede imponer a su contratista, al entrañar el aniquilamiento del contrato y comportar para él la inhabilidad de celebrar negocios jurídicos con entidades públicas durante el período fijado por el legislador. En cuanto a las características del poder exorbitante de caducar el contrato estatal, en sentencia del 27 de noviembre de 2007, exp. 14431, esta Corporación dijo que es de orden público y, como tal, inalienable, irrenunciable e intransmisible; goza, por tanto, de autonomía, unilateralidad y proporcionalidad en su adopción y se ejercita a través de la expedición de actos administrativos debidamente motivados, que pueden ser ejecutados sin necesidad de acudir ante el juez, puesto que involucra el interés público.”¹⁰

En definitiva, el concesionario ha incurrido en incumplimientos reiterados y graves que se han traducido en una paralización total del contrato. Por lo tanto, se declarará el incumplimiento grave y caducidad del contrato y se afectará la cláusula penal del contrato.

5.4.1 CLÁUSULA PENAL

Constatado el incumplimiento del contratista, a continuación, el Despacho procederá a tasar la afectación de la cláusula penal, de acuerdo con lo establecido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 cuyo tenor establece:

«CLÁUSULA DECIMA SÉPTIMA: PENAL PECUNIARIA. *En el evento que LA SUPERINTENDENCIA declare la caducidad o el incumplimiento del presente contrato, EL CONCESIONARIO deberá pagar la suma del DIEZ POR CIENTO (10%) del valor total de la contraprestación como sanción pecuniaria. El valor de esta suma pagada por EL CONCESIONARIO se considerará como pago parcial pero definitivo de los perjuicios causados a LA SUPERINTENDENCIA».*

En ese orden ideas, la Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza S.A. deberá asumir, a manera de estimación anticipada de perjuicios, la suma de **doscientos cuarenta y seis mil treinta y ocho**

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Sentencia del 19 de marzo de 2021. Radicado 42135. Ponente: María Adriana Marín.

dólares con diecinueve centavos de los Estados Unidos de América (USD 246.038.19), los cuales resultan de la siguiente operación:

Cláusula Penal (C):	C= Vc * 0.10
Valor de la contraprestación (Vc):	USD 2.463.819.000
	USD 2.463.819.000 * 0.10 = USD 246.038.19

Finalmente, se precisa que, en razón de que el valor de la contraprestación está fijado en moneda extranjera, las sumas anteriores serán liquidables con base en la Tasa Representativa del Mercado (TRM) de la fecha de expedición de este acto administrativo, esto es, el día doce (12) de julio de 2021.

En consonancia con lo anterior, esta Corporación afectará la cláusula penal por la suma de **doscientos cuarenta y seis mil treinta y ocho dólares con diecinueve centavos de los Estados Unidos de América** (USD 246.038.19), liquidables a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día doce (12) de julio de 2021.

En mérito de lo expuesto, la Jefe Oficina Asesora Jurídica, en ejercicio de la función Delegada por el Director Ejecutivo de Cormagdalena, mediante Resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019;

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento grave y la caducidad del Contrato No. 023 del 21 de agosto de 1998 suscrito entre la SUPERINTENDENCIA DE PUERTOS Y TRANSPORTE y la SOCIEDAD PORTUARIA DE BOCAS DE CENIZA S.A, identificada con NIT 800.202.407 – 3, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **AFFECTAR** la cláusula penal del Contrato No. 023 del 21 de agosto de 1998, suscrito entre la SUPERINTENDENCIA GENERAL DE PUERTOS y la SOCIEDAD BOCAS DE CENIZA S.A., identificada con NIT 800.202.407 – 3, por la suma de **doscientos cuarenta y seis mil treinta y ocho dólares con diecinueve centavos de los Estados Unidos de América** (USD 246.038.19), liquidables a la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día doce (12) de julio de dos mil veintiuno (2021), de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: ORDENAR la terminación y liquidación del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 del 21 de agosto 1998, de conformidad con lo establecido en la ley.

ARTÍCULO CUARTO: 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 BOCAS DE CENIZA S.A, identificada con NIT 800.202.407 – 3 y los representantes legales y/o apoderados especiales de la SEGUROS DEL ESTADO S.A., identificada con NIT 860.009.578-6 y LIBERTY SEGUROS S.A, identificada con NIT 860.039.988 – 0.

ARTICULO QUINTO: La SOCIEDAD BOCAS DE CENIZA S.A., identificada con NIT 800.202.407 – 3, deberá pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto



señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución.

ARTÍCULO SEXTO: **REMITIR** copia de la presente resolución a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a la SUPERINTENDENCIA DE TRANSPORTE, al DISTRITO ESPECIAL, INDUSTRIAL Y PORTUARIO DE BARRANQUILLA y a la CÁMARA COMERCIO DE BARRANQUILLA. También se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP).

ARTÍCULO SÉPTIMO: **REMITIR** copia ejecutoriada de la presente resolución a la Subdirección de Gestión Comercial para su conocimiento, a la Secretaría General para que inicie el cobro y los trámites a que haya lugar; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 000311 de 8 de octubre de 2019 de Cormagdalena.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los doce (12) días del mes de julio de 2021.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero Silva /Contratista OAJ

OMAA / Contratista OAJ

Proyectó: Enson O'Neill / Profesional U.