

Resolución No.000295

(1/10/2021)

«Por la cual se resuelve el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución No. 000197 del 12 de julio de 2021, por parte de 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 imparten 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 de 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 otrosí 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.

4.4.4 Sesión del 12 de julio de 2021

En esta sesión, se dio lectura de la Resolución No. 000197 del 12 de julio de 2021, por medio de la cual se declaró 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.

Seguidamente, tanto el concesionario como sus garantes presentaron recurso de reposición contra la decisión.

4.4.5 Sesión del 6 de agosto de 2021

En esta sesión, el concesionario sustentó su recurso de reposición y solicitó la revocatoria total de la Resolución No. 000197 del 12 de julio de 2021. Por su parte, las sociedades Liberty Seguros S.A. y Seguros del Estado S.A. desistieron de los recursos interpuestos en la sesión del 12 de julio de 2021.

En el curso de esta sesión, el apoderado de la sociedad concesionaria allegó los siguientes documentos:

- Escrito de denominado "*Sustentación recurso Cormagdalena (1)*" (24 folios) – Formato Word.
- Informe Ejecutivo de nominado "ESTUDIOS Y DISEÑOS: MEJORAMIENTO DE LA INTERCONEXIÓN VIAL REGIONAL, SEGUNDA CALZADA AVENIDA CIRCUNVALAR DE

BARRANQUILLA-ATLÁNTICO, SECTOR CRA 53 – VÍA 40, SECTOR VÍA DE ACCESO ZONA PORTUARIA." (33 folios) – Formato PDF

- Copia de comunicación 20141011722 del 10 de septiembre de 2014 (2 folios) – Formato PDF.
- Póliza de Seguro de Cumplimiento de Entidades Estatales 84-44-101041709 (1 folio) – Formato PDF.
- Copia de Certificación del 11 de abril de 2013 expedida por SEGUROS COLPATRIA S.A. (1 folio) – Formato PDF.
- Copia de comunicación CE SGC 201803000550 (1 folio) – Formato PDF.
- Slip de Cotización de Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil Extracontractual (19 folios) – Formato PDF.
- Slip de Cotización de Póliza de Cumplimiento, Salarios y Prestaciones (2 folios) – Formato PDF.

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 conminar al contratista a cumplir con sus obligaciones. Esta decisión deberá estar precedida de audiencia del afectado que deberá tener un procedimiento mínimo que garantice el derecho al debido proceso del contratista y procede sólo mientras se halle pendiente la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista. Así mismo podrán declarar el incumplimiento con el propósito de hacer efectiva la cláusula penal pecuniaria incluida en el contrato (...».

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar 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 1° de 1991, por la cual se expide el estatuto de Puertos Marítimos y se dictan otras disposiciones, dentro de las cuales, resulta relevante destacar las siguientes:

En su artículo 18, 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, 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, y de las cuales, destacamos las siguientes:

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, 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, 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.

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.

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

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.

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

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)

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 CONSIDERACIONES RESPECTO AL RECURSO DE REPOSICIÓN

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 de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.

De esa manera, 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, que 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 ARGUMENTOS DEL RECURRENTE

En la presente sección se estudiarán los argumentos presentados por SPBC en la audiencia de sustentación del recurso de reposición contra la Resolución No. 000197 del 12 de julio de 2021. Con el objeto de abordarlos de la manera más integral posible, se desarrollará su análisis en acápite alusivos a las ideas centrales expresadas por el recurrente, así:

En primer lugar, se analizará la ausencia de paralización del contrato como presupuesto para la configuración de la caducidad; en segundo lugar, la excepción de contrato no cumplido con respecto a la obligación de presentar el cronograma de obras o Plan de Inversiones; en tercer lugar, la imposibilidad de ejecutar obras por causas no imputables a SPBC; en cuarto lugar, la excepción de contrato no cumplido atribuida a la no construcción de vías de acceso, por parte del Estado; en quinto lugar, la excepción de contrato no cumplido por falta de navegabilidad; en sexto lugar, los reparos al cobro de las cuotas de contraprestación portuaria.

Seguidamente, se abordará el estudio de la excepción de contrato no cumplido respecto a la obligación de renovar las garantías legales y los reparos a la imputación de incumplimiento por no renovar la matrícula mercantil.

Por último, se evaluará la procedencia de otras solicitudes del contratista orientadas a que se termine anticipadamente el contrato por vías diferentes a la declaratoria de caducidad.

5.3.1.1 Respecto a la no configuración de los elementos de la caducidad: Ausencia de paralización del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.

A fin de sustentar la ausencia de elementos constitutivos de la caducidad, el recurrente plantea el siguiente cuestionamiento: «*¿Cuál es entonces el servicio público en riesgo de parálisis con ocasión de los incumplimientos imputables al contratista cuando precisamente la ejecución de las obras no ha podido iniciarse por la inviabilidad del proyecto?*».

A lo anterior añade que «*Si alguien se ha beneficiado de este contrato ha sido el mismo Estado, quien a pesar de la imposibilidad de ejecución de las obras por todos los antecedentes que han rodeado este negocio jurídico y que se detallarán más adelante, recibió, hasta cuando se agotaron los recursos de los inversionistas y se entró en imposibilidad de continuar con su pago, la respectiva contraprestación portuaria a cargo de la concesionaria durante años y años, sin haber recibido ésta en equivalencia medio peso por ingresos, porque no hubo forma de dar inicio al proyecto portuario.*

Según se desprende de los apartes transcritos, para SPBC nos es posible que se configure una parálisis del contrato, en tanto, no ha iniciado la ejecución de obras. Para el Despacho, se trata de una interpretación errónea de la normatividad sobre contratación pública y, en especial, del artículo 5.2 de la Ley 1 de 1991, pues, es parte de la esencia del contrato de

concesión portuaria que el concesionario lleve a cabo «*la construcción y operación de un puerto*».

El retardo o no cumplimiento de las obligaciones necesarias para dar inicio a la fase constructiva del proyecto conlleva a la imposibilidad de que se concrete el objeto del contrato o, dicho de otra manera, genera una parálisis que impide la provisión de infraestructura pública y su puesta en servicio a la comunidad.

Por otro lado, el Despacho no puede pasar por alto las aseveraciones de SPBC, según las cuales el Estado se ha beneficiado del contrato de los pagos de contraprestación portuaria, a pesar de que el concesionario no ha recibido ingresos.

En primer lugar, la obligación de pagar la contraprestación portuaria no está subordinada a los ingresos del contratista, pues se sustenta en la entrega de bienes de uso público para uso temporal y exclusivo del particular. Si SPBC no reportó ingresos o ganancias de la iniciativa que concibió, planificó y presentó, ha sido a causa de una indebida planeación en la gestión comercial como se detallará en el acápite 5.3.1.2.

En segundo lugar, no es cierto que la Administración se haya beneficiado del contrato *sub examine*, pues la Administración no ha recibido las obras, instalaciones y equipos a las que se comprometió SPBC y la indisponibilidad de la terminal portuaria repercute directamente en la prestación del servicio público.

Téngase en cuenta que los contratistas son colaboradores del Estado «*en 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*» (Art. 3 de la Ley 80 de 1993) y deben prestar el apoyo «*en lo que sea necesario para que el objeto contratado se cumpla y que éste sea de la mejor calidad*» (art. 5.2 de la Ley 80 de 1993). Aunado a lo anterior, se considera de interés público «*la creación, el mantenimiento y el funcionamiento continuo y eficiente de los puertos*» (inciso 2 del art. 1 de La Ley 1 de 1991).

Estas disposiciones ponen de relieve que el titular de una concesión portuaria, al asumir la condición de colaborador de la administración en la provisión de obras y prestación de servicios, tiene unas obligaciones ligadas a la satisfacción del interés público que impactan en la economía nacional y, consecuencialmente, en las condiciones de vida de la comunidad. Por consiguiente, los bienes de uso público concedidos deben explotarse de manera eficiente y en los términos acordados.

En definitiva, los incumplimientos contractuales de SPBC que han impedido que se dé ejecución a las obras de construcción de la terminal portuaria han conducido a una paralización del objeto contractual, lo que, a su vez, ha generado un perjuicio para el Estado consistente en la indisponibilidad de infraestructura para la prestación de servicios portuarios.



Visto lo anterior, tenemos que, en consonancia con el marco jurídico establecido en este acto administrativo particularmente 5.1.1. *Naturaleza jurídica de la caducidad*, para el caso en concreto se cumplen los tres requisitos desarrollados por la jurisprudencia, para que se pueda declarar el incumplimiento grave y caducidad de un contrato, es pertinente señalar que el incumplimiento que se presenta, no se circumscribe a la existencia de cualquier incumplimiento, aunado al hecho que el mismo no ha sido causado por alguna de las causales de eximentes de responsabilidad.

Frente al segundo requisito, es decir, dicho incumplimiento afecta 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, lo cual ocurre en el presente caso.

Para nuestro caso, esta figura procede ya que nos encontramos frente a un incumplimiento imputable al contratista que impide de forma evidente, clara y grave la buena marcha del contrato,

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, lo cual claramente ocurre en nuestro caso, teniendo en cuenta que hay una parálisis del contrato de concesión portuario.

Como corolario de lo anterior tenemos que para el caso que nos ocupa, se cumple los tres elementos de la caducidad establecidos en la ley y desarrollados jurisprudencialmente.

5.3.1.2 Respecto a la no presentación del Cronograma de Inversiones y Obras por inviabilidad del proyecto portuario como excepción de contrato no cumplido

El recurrente esgrime que «*es increíble que Cormagdalena no tenga en cuenta los antecedentes más que explicados en otras actuaciones administrativas similares donde se han detallado todos los esfuerzos que los nuevos inversionistas colombianos de SPBC han realizado en estos últimos años para que el proyecto portuario de Bocas de Ceniza sea una realidad, lo cual lamentablemente cada vez resulta más y más complejo, por no decir inviable en las condiciones actuales.*

No puede haber incumplimiento alguno de nuestra parte cuando probado está que lo que ocurre es que el proyecto hasta ahora no es viable tal y como fue concebido, y si a alguien se le puede reprochar incumplimiento contractual es a la propia entidad (Cormagdalena), tal y como quedó acreditado en los antecedentes que propiciaron la autorización al entonces director ejecutivo para suscribir una modificación contractual que viabilizara el proyecto, a través de mayor plazo y reestructuración del diseño actual, y ésta nunca se firmó».

Según se lee en la transcripción precedente, SPBC reprocha a la entidad la negativa a suscribir un otrosí modificatorio del Contrato y a esto atribuye el no cumplimiento de la obligación de presentar el Cronograma o Plan de Inversiones definitivo, en tanto el proyecto portuario vigente se habría tornado inviable.

El Despacho no comparte estos argumentos, pues, la inviabilidad comercial, financiera, técnica u operacional del proyecto no constituye un riesgo que contractualmente deba soportar la autoridad concedente. Por el contrario, es parte de la esencia del contrato de concesión, que la gestión de tales factores sea del resorte exclusivo del contratista. En segundo lugar, la entidad nunca se negó a suscribir el otrosí modificatorio aludido, antes bien, fue el contratista quien decidió desistir de la modificación del Contrato No. 023 de 1998.

- Con respecto a la inviabilidad 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 y 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.

En el ámbito de las concesiones portuarias, dado el esquema de riesgos ínsito en la Ley 1 de 1991, la planeación contractual a cargo del agente privado cobra un especial relieve, puesto que, es éste el originador del proyecto y debe anticiparse a las circunstancias que pudieren afectar su rentabilidad o viabilidad. Para ilustrar cabalmente esta idea, el Despacho se permite transcribir algunas consideraciones del Laudo del 12 de marzo de 2020 proferido por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver una controversia entre Zona Franca Argos S.A.S. y la Agencia Nacional De Infraestructura, así:

«Ahora bien, en la estructura de la normativa portuaria, tanto dicha Ley 1 de 1991, como sus decretos reglamentarios, han delegado en el particular la estructuración del negocio, su viabilidad financiera, operativa y técnica dentro de unos parámetros básicos establecidos en la Ley y en los planes de expansión portuaria y por ello puede concluirse que cuando la iniciativa es privada el deber de planeación y previsión se desplaza al particular concesionario.

El particular tiene íntegramente la carga de presupuestar la viabilidad del proyecto y en ello debe empeñar todo su esfuerzo y todo su conocimiento no solamente de los mercados sino del entorno macroeconómico en el cual va a desarrollar su actividad.

Es cierto que la entidad estatal tiene la potestad de revisar el modelo para confirmar que se ajusta a los presupuestos de las normas legales, analizar el monto y naturaleza de las inversiones y el cronograma de ejecución y calcular la contraprestación, pero esta facultad

⁶ Consejo de Estado. Sentencia 33608 DE 2014

no implica que el Estado asume el deber de planeación como sí ocurre cuando la iniciativa tiene origen un proceso de licitación».

En sentido similar, el Tribunal de Arbitramento constituido para dirimir una controversia entre OCENSA y la Agencia Nacional de Infraestructura (2018) concluyó lo siguiente:

«En resumen, el contrato de concesión portuaria consagrado por la Ley 1 de 1991, corresponde a un negocio jurídico bilateral, oneroso, commutativo, de trato sucesivo, con una extensión temporal de veinte (20) años, en el cual asoma la característica propia de los contratos de concesión respecto de la traslación del riesgo en cabeza del concesionario. El contrato goza de un régimen jurídico particular, y en lo no dispuesto por aquél, resulta aplicable el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública.

En relación con el elemento riesgo, es importante reiterar que uno de los elementos característicos de esta tipología contractual, consiste en la asunción general por parte del concesionario de todos los riesgos derivados del negocio jurídico, incluyendo aquellos de índole financiera, económica y de volumen de carga a ser transportada. Tal asunción de riesgos comprende, como lo refirió la Corte Constitucional en sentencia de constitucionalidad 068 de 2009, las inversiones necesarias para la puesta en marcha de la infraestructura objeto de la concesión y, en la mayoría de los casos, la rentabilidad derivada de esta» (Subrayas originales).

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.

Con respecto a la supuesta negativa a suscribir una modificación del Contrato, el Despacho reitera 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).

Contra el acto administrativo indicado, el concesionario ni siquiera presentó recurso de reposición (a lo cual tenía derecho, según el art. 17 del C.P.A.C.A), en el cual habría tenido la oportunidad de exponer las razones de hecho y de derecho para no archivar el trámite de modificación; sin embargo, no lo hizo. Por lo tanto, el marco del presente procedimiento sancionatorio continuará ciñéndose al acuerdo efectivamente suscrito y perfeccionado.

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.

5.3.1.3 Imposibilidad de ejecución de obras por causas ajenas a SPBC

El recurrente señala que «*salta rápidamente a la vista que desde el mismo inicio de la concesión se presentaron importantes atrasos e inconvenientes en el cumplimiento de las actividades pactadas contractualmente y que muchos de ellos obedecieron a causas no imputables al concesionario*».

En tal sentido, reseña los siguientes hechos: (I) mediante Resolución 4650 de 2002 se suspendió el contrato por dos (2) años (II) mediante Resolución No. 000353 de 2004, Cormagdalena recalcó la contraprestación y se plasmó en el Otrosí No.1; (III) en 2006, SPBC hace entrega de un Estudio de Factibilidad elaborado por The Sunland Group (IV); A mediados de 2007, se advirtió del tendido de un cable submarino de fibra óptica realizado por la empresa Columbus Network que podía obstaculizar el inicio de obras.

Para el Despacho, no se presenta una formulación clara de cómo los sucesos referidos pueden enervar la imputación de responsabilidad de la Resolución No. 000197 de 2021, ya que el recurrente se limita a realizar una relación cronológica de ciertos hechos relacionados con la ejecución del contrato y la gestión empresarial que realizaba la compañía contratista.

Por esa razón, se examinará si los acontecimientos reseñados, en la actualidad, representan una imposibilidad de ejecución del contrato derivada de una causa extraña (fuerza mayor, caso fortuito hecho de un tercero), entendiendo que esa era finalidad del recurrente con el relato de los hechos indicados en el párrafo anterior.

Dicho esto, para la Corporación, la suspensión del contrato (mediante la Resolución No. 4650 de 2002), el recálculo de la contraprestación portuaria (mediante la Resolución No. 000353 de 2004 y el Otrosí No. 1), el Estudio de Factibilidad de The Sunland Group y el tendido de un cable submarino no constituyen causas extrañas que justifiquen los incumplimientos imputados en la presente actuación.

Para tal efecto, conviene indicar que el Consejo de Estado, refiriéndose al art. 1 de la ley 95 de 1890, ha señalado que la fuerza mayor y el caso fortuito «*pueden ser definidos como todo suceso o acontecimiento extraño a las partes, imprevisible e inevitable que determina la imposibilidad de ejecutar las prestaciones a cargo del deudor en detrimento de la satisfacción de los intereses del acreedor*»⁷. Dentro de este marco conceptual se analizará por qué cada uno de los acontecimientos indicados por SPBC no constituyen fuerza mayor o caso fortuito:

- El primer acontecimiento planteado es la expedición de la Resolución No. 004650 de 2002 del Ministerio de Transporte que decretó la suspensión del contrato por

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 8 de febrero de 2017. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-017171(54614). C.P: Jaime Orlando Santofimio.

dos (2) años, contados a partir del 23 de abril de 2002, al considerar que los actos de terroristas de la guerrilla colombiana encuadraban dentro del concepto de fuerza mayor por imprevisibilidad e irresistibilidad (Prueba 6; fl. 4 y Prueba 7).

En la actualidad, el Despacho no evidencia que la alteración de orden público, reconocida en la Resolución No. 004650 de 2002, aún esté proyectando efectos en la economía nacional que impidan a SPBC: (a) presentar el Cronograma de Obras o Plan de Inversiones definitivo; (b) pagar las cuotas de contraprestación de las vigencias 2017, 2018, 2019 y 2020 en favor del Distrito de Barranquilla; (c) pagar las cuotas de contraprestación de 2018, 2019, 2020 en favor de Cormagdalena; (d) renovar las garantías legales desde 2013; (e) renovar de la matrícula mercantil desde 2019 y (f) y atender los requerimientos de la supervisión e interventoría del contrato en 2019 y 2020.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la situación de orden público que afectó el proyecto, fue superada el 23 de abril de 2004, e incluso, la Corporación reconoció el lapso de dicha suspensión para restablecer el plazo de ejecución del contrato por medio de la Resolución No. 000152 de 2013.

- Por su parte, el recálculo de la contraprestación portuaria, formalizado a través del Otrosí No. 1 del 21 de agosto 2004, obedeció a una solicitud de la representante legal de SPBC, en la que argumentó que la Superintendencia General de Puertos se equivocó en la fijación del valor y que fue atendida de manera favorable a sus intereses. De modo que, el reajuste de la contraprestación del Contrato de Concesión No. 023 de 1998 no guardó ninguna relación con hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, sino con factores aritméticos.
- Tampoco entiende el Despacho como la entrega de un Estudio de Factibilidad en 2006 pueda considerarse como un hecho imprevisible e irresistible que imposibilite el cumplimiento de las obligaciones que motivaron la apertura de la presente actuación administrativa.
- Con relación a la afectación causada por el tendido e instalación de un cable submarino de fibra óptica, la Corporación, mediante la Resolución No. 000152 de 2013, consideró que «*Es claro que las situaciones acaecidas con el cable submarino de la compañía Columbus Networks que atravesó la zona concesionada constituyen un hecho de fuerza mayor que incide en el cómputo del plazo contractual, ya que resulta un hecho inimputable al concesionario, imprevisible e irresistible que, como se demuestra en la solicitud del 11 de febrero de 2013 y en el numeral 1 de esta Resolución, se encuentra probado en el expediente del Contrato de Concesión No.023 de 1998. Por estas razones, este hecho hace necesario que Cormagdalena regule el plazo contractual y determine durante que tiempo afectó el cómputo del mismo*». En consecuencia, se reconoció que las situaciones derivadas del tendido del cable submarino afectaron la ejecución del contrato en el período comprendido entre el ocho (8) de agosto de 2006 y el seis (6) de enero de 2011.

Aunado a lo anterior, el recurrente no expone cómo las acciones de Columbus Network en la actualidad estarían perturbando la normal ejecución de las obligaciones, en virtud de las cuales se dio apertura a este procedimiento.

En síntesis, los acontecimientos relacionados con la suspensión del Contrato No. 023 de 1998, el Otrosí No. 1, la entrega de un Estudio de Factibilidad y el tendido de un cable submarino no se proyectan sobre el ámbito temporal que abarca las imputaciones de incumplimiento de este procedimiento administrativo y, por ende, no pueden aceptarse como casuales exonerativas de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito y hecho de un tercero).

5.3.1.4 Falta de vías de acceso como excepción de contrato no cumplido

De acuerdo con el recurrente, la autoridad concedente ha incumplido con sus obligaciones, al no haber construido las vías de acceso al puerto de aguas profundas, expresando que «*Las vías de acceso al puerto no constituyen una obligación contractual a cargo de SPBC y sin ellas no se puede construir el puerto ni se puede lograr el cierre financiero porque los créditos del exterior quedaron supeditados a la realización de estas obras. Al darse esta omisión estatal, SPBC quedó en imposibilidad de cumplir el objeto del contrato*

Este argumento no tiene vocación de prosperidad, en tanto carece sustento legal y contractual, en la medida de que ni en la Ley 1 de 1991, ni en el Contrato de Concesión No. 023 de 1998 se trasladó a la autoridad concedente la obligación de construir vías de acceso hacia las áreas concesionadas o hacia predios contiguos a éstas.

En ese orden de ideas, el art. 9.2 de la Ley 1 de 1991 dispone que corresponde al solicitante de la concesión portuaria: «*Precisar la ubicación, linderos y extensión del terreno que se pretende ocupar con las construcciones y las zonas adyacentes de servicio*», mientras que el art. 9.6 del citado estatuto establece que el solicitante garantizará que «*en caso de obtener la concesión, se constituirá una sociedad portuaria y que todas las obras necesarias para el cabal funcionamiento del puerto se iniciará y terminarán en un plazo preciso*». De esta manera, es claro que la normatividad que rige este tipo de concesiones impone al contratista la carga de delimitar zonas, en las cuales desarrollará el proyecto portuario, así como la construcción o adecuación de los accesos a la zona entregada.

Así, desde la propuesta de concesión, SPBC presentó la siguiente descripción del proyecto: «*El proyecto consiste en la construcción y/o adecuación de oficinas, talleres, cobertizos, bandas transportadoras, vías internas y externas, muelles, patios de almacenamiento, equipos para cargue y descargue*», etc.

Es decir, el proyecto portuario desde la etapa precontractual, y con anterioridad a la expedición de la resolución de otorgamiento, concibió la construcción de vías externas e internas a cargo de SPBC (Prueba No. 1, fl.8).

De hecho, SPBC en la solicitud de concesión autónomamente precisó que «*la operación de recibo de carga a granel por vía terrestre se efectuará mediante adecuación del carreteable existente o la construcción de uno nuevo conforme a los requisitos que para el efecto fijen las autoridades competentes*» (Prueba No. 1, fl.66).

Asimismo, en la solicitud o petición de concesión, refiriéndose al área directa de influencia del proyecto, SPBC expresó que «*está compuesta por la comunidad de Las Flores y La Playa, tradicionalmente pescadores venidas a menos por la transformación y sedimentación de La Ciénaga de Mallorquín y la alteración de sus comunidades etiológicas. Además de observarse falta de servicios públicos, escuelas y servicios eficientes de salud, vías en mal estado y problemas de seguridad, esta comunidad podría reorientarse mediante (sic) programa de participación comunitaria apoyado por el proyecto*» (Prueba No. 1, fl.111).

En la solicitud de concesión de SPBC, también, se subraya que una de las actividades de mayor impacto del proyecto, en la Etapa de Construcción, la constituiría la preparación del terreno y la construcción de vías de acceso (Prueba No. 1, fl.113).

En otros términos, desde la estructuración de la solicitud, el proponente (SPBC) conoció cuáles eran las condiciones para acceder a la zona portuaria, advirtiendo la necesidad de construir y/o adecuar vías externas e internas.

En consonancia con lo anterior, en la Cláusula Tercera del Contrato, se plasmó una descripción del acceso a las instalaciones portuarias, según la cual, el ingreso por tierra, al área se realizaría por medio de tractomulas y para ello se habilitaría y ampliaría el Tajamar Occidental en toda su extensión, «*garantizando con esto la unión del Tajamar Occidental con la circunvalar, bordeando la Ciénaga de Mallorquín*» (Prueba No. 5).

A su turno, en el numeral 1 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión No. 023 de 1998, que reprodujo exactamente la descripción del proyecto planteado por el contratista, que reza: «*DESCRIPCIÓN DEL PROYECTO. El proyecto consiste en la construcción y/o adecuación de oficinas, talleres, cobertizos, bandas transportadoras, vías internas y externas, muelles, patios de almacenamiento, equipos para cargue y descargue*», etc.

El numeral 3 de la Cláusula Cuarta del Contrato de Concesión No. 023 de 1998, también, reprodujo con exactitud las modalidades de operación contenidas en la solicitud de concesión, en la cual se plasma la obligación del concesionario de adecuar y/o construir las vías de acceso a las instalaciones portuarias, conforme se aprecia en el texto que se transcribe a continuación: «*La operación de recibo de carga a granel por vía terrestre se efectuará mediante adecuación del carreteable existente o la construcción de uno nuevo conforme a los requisitos que para el efecto fijen las autoridades competentes*».

Tales obligaciones no se desdibujan por el hecho de que el parágrafo 1 del art. 7 de la Ley 1 de 1991 (modificado por las leyes 853 de 2003 y 2008 de 2019) preceptúe que los ingresos por concepto de contraprestación portuaria deban destinarse al diseño, construcción, ampliación, rehabilitación y mantenimiento de las vías de acceso terrestre, como lo sugiere

el recurrente. Dicha norma no quiere significar que cada pago de contraprestación portuaria efectuado por SPBC (o cualquier otro concesionario) deba revertirse en beneficio directo de su proyecto portuario. La finalidad de dicha disposición es que los recursos procedentes de la contraprestación portuaria se empleen en optimizar la infraestructura y mitigar impactos ambientales en el respectivo «*distrito*», «*municipio portuario*» o «*área de influencia tanto marítima como terrestre*».

Es decir, ni La Nación ni el Distrito de Barranquilla están obligados a direccionar los pagos por contraprestación portuaria realizados por SPBC a obras que beneficien, de manera inmediata y directa, al proyecto contenido en el Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998. Tales recursos pueden destinarse para construir, mantener o rehabilitar cualquier obra de infraestructura de transporte o para obras de mitigación ambiental en el respectivo distrito o área de influencia, de acuerdo con criterios de oportunidad, conveniencia y pertinencia.

En síntesis, el enunciado normativo del parágrafo 1 del art. 7 de la Ley 1 de 1991 establece un parámetro de gestión de política pública y no una retribución total o parcial a favor de ningún concesionario, pues, no debe perderse de vista que la obligación de la autoridad concedente se contrae a permitir que se «*ocupe y utilice en forma temporal y exclusiva las playas, los terrenos de bajamar y zonas accesorias a aquéllas o éstos*

Para sustentar la tesis de que Cormagdalena estaba en la obligación de construir las vías de acceso del proyecto, el recurrente invoca los documentos CONPES 2550 de 1991, 2680 de 1993, 2839 de 1996, 2992 de 1998 y 3149 de 2001, a pesar de que éstos «*caren de efecto vinculante, dado que el CONPES es un organismo colegiado, de carácter supraministerial, y sin personería jurídica, por lo que sus actuaciones no tienen capacidad jurídica para crear o para ser sujeto de obligaciones*»⁸. No obstante, este Despacho reconoce que algunos de estos documentos sirvieron de base para la expedición de algunos decretos aprobatorios de Planes de Expansión Portuaria y, por esa razón, se examinará cada uno de ellos:

- El CONPES 2550 de 1991 constituyó el fundamento para expedición del Decreto 2147 de 1991, en el cual no se establece ninguna obligación de construir vías de acceso a instalaciones portuarias o zonas de uso público a favor de ningún concesionario.
- El CONPES 2680 de 1993 constituyó el fundamento para expedición del Decreto 2688 de 1993, en el cual no se establece ninguna obligación de construir vías de acceso a instalaciones portuarias o zonas de uso público a favor de ningún concesionario.
- Los lineamientos del CONPES 2839 de 1997 no se adoptaron a través de ningún decreto, pero tampoco contienen ninguna directriz enderezada a obligar a las

⁸ DNP: *Manual metodológico para la elaboración de documentos CONPES* (2021). Véase, también, la Sentencia 3661 de 2007 proferida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

autoridades estatales a construir vías de acceso a instalaciones portuarias o zonas de uso público a favor de ningún concesionario.

- El CONPES 2992 de 1998 constituyó el fundamento para expedición del Decreto 1775 de 1998, en el cual no se establece ninguna obligación de construir vías de acceso a instalaciones portuarias o zonas de uso público a favor de ningún concesionario.

Seguidamente, el recurrente cita un informe técnico en el que se da cuenta de que: «*Las vías de comunicación que se encuentran sobre el tajamar occidental del Río Magdalena (vía férrea entre el km 4+935 y el km 1+000 y carreteable entre el 4+935 y el km 3+620) no pueden soportar tráfico pesado (...) con la infraestructura que hay hoy en día en la zona de concesión (km 0+000 a km 3+254) no es posible construir las obras necesarias para la operación del Puerto de Bocas de Ceniza (...) La vía de comunicación que conecta la zona de concesión con la vía perimetral o vía 40 no soporta tráfico pesado en toda su extensión».*

Este aparte es muy revelador de la conducta del concesionario en relación al incumplimiento grave del contrato, toda vez que, como se indicó en líneas anteriores, en la Cláusula Tercera del Contrato No. 028 de 1998 se definió que: «*Se accederá a las instalaciones portuarias hacia el Muelle de transferencia y de recepción de barcazas. Por Tierra: Durante la primera fase o cuando existan razones de fuerza mayor se podrá transportar carbón por medio terrestre(tractomulas). Para garantizar el adecuado acceso a las instalaciones portuaria y para su conexión con la red vial Nacional, se habilitará y ampliará el Tajamar Occidental en toda su extensión. Garantizando con esto la unión del Tajamar Occidental con la Circunvalar, bordeando la Ciénaga de Mallorquín*

Entonces, es claro que SPBC no realizó una planeación elemental de los accesos que requería para la construcción y operación del proyecto portuario, a tal punto, que se ha desdicho de lo que consintió que iba a hacer. Nótese que en el Contrato acordó que emplearía el Tajamar Occidental para acceder al muelle de transferencia por medio de tractomulas, y después pretende exculparse, esgrimiendo un concepto técnico que desaconseja la utilización del Tajamar Occidental como vía de comunicación.

En cuanto al documento, denominado «*MEJORAMIENTO DE LA INTERCONEXIÓN VIAL REGIONAL, SEGUNDA CALZADA AVENIDA CIRCUNVALAR DE BARRANQUILLA-ATLÁNTICO, SECTOR CRA 53 – VÍA 40, SECTOR VÍA DE ACCESO ZONA PORTUARIA*» (sin datación)— elaborado Asoportuaria y aportado por el concesionario en la audiencia de sustentación del recurso de reposición— no prueba que a cargo de la autoridad concedente esté la obligación de construir una vía de acceso hacia la franja de territorio concesionada. Aunque en la contratación, elaboración o aprobación de este documento hayan intervenido algunos agentes públicos y particulares interesados en mejorar la infraestructura vial y portuaria de Barranquilla, tal circunstancia no crea o modifica las obligaciones pactadas en el Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998.

De hecho, en el texto del estudio mencionado se indica, explícitamente, que su objetivo es servir de un insumo técnico al Distrito de Barranquilla y Edubar S.A. «*para llevar a cabo las*

gestiones requeridas ante las entidades gubernamentales competente (sic) con el fin de obtener la financiación de la obra requerida para el mejoramiento de la calidad de la infraestructura portuaria. Siendo este el convenio marco del cual se desprende el contrato de prestación de servicios celebrado entre ASOPORTUARIA y EDUBAR S.A cuyo objeto consiste en los estudios y diseños finales del proyecto vía occidental de acceso puerto desde la intersección proyección carrera 75 a vía 40 hasta el Km 3 Tajamar occidental río Magdalena. Dicho contrato tiene una vigencia de 120 días a partir de la firma de acta de inicio firmada el 05 de Noviembre de 2015».

De esta suerte, el hecho de que otras autoridades públicas (en el marco de su autonomía administrativa, presupuestal y financiera) hubiesen planeado o evaluado la construcción de accesos terrestres que favorecieran los intereses del contratista, al remover o reducir los riesgos financieros, prediales y constructivos inherentes a la construcción de un tramo de carretera, no modifica la relación bilateral entre SPBC y Cormagdalena. En otras palabras, si SPBC abrigaba la expectativa de que un tercero, ajeno a la relación contractual, acometiera la ejecución de obras que, por virtud del Contrato de Concesión No. 023 de 1998, estaban a su cargo y tal expectativa no se cristalizó, eso no constituye una eximente de responsabilidad frente a Cormagdalena.

Como corolario, el Contrato de Concesión No. 023 de 1998 recogió la propuesta de construcción y adecuación de vías externas e internas planteada por SPBC, elevándola a la categoría de una obligación contractual del contratista. Asimismo, se evidencia que SPBC, desde la formulación de solicitud de concesión, contempló las dificultades de acceso terrestre a la zona y, por lo tanto, incorporó como parte del proyecto la «*construcción y/o adecuación de vías internas y externas*». Por tales razones, esta Corporación no encuentra estructurada la excepción de contrato no cumplido.

5.3.1.5 Falta de navegabilidad como excepción de contrato no cumplido

El recurrente esgrime el siguiente argumento: «*de importancia estratégica y vital para sacar adelante este proyecto está el ya conocido y fracasado proyecto de APP de navegabilidad del Río Magdalena, que garantizaría el transporte de gran parte de la carga del interior del país desde Puerto Salgar, Boyacá hasta Barranquilla. Es decir, la única viabilidad comercial del puerto de Aguas Profundas está dada en que se asegure la viabilidad por el Río Magdalena desde Puerto Salgar, para poder asegurar la carga del interior del país que se exportaría por nuestra concesión*

Este argumento no tiene vocación prosperidad, por cuanto, el Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 fue estructurado sobre la base de unas condiciones operacionales y técnicas que no dependían del Contrato de APP No. 001 de 2014 (encaminado a mejorar la navegabilidad del Río Magdalena), pues, este último contrato se concibió, estructuró y contrató quince (15) años después del proyecto de SPBC.

De hecho, el proyecto se presentó como una alternativa a la zona portuaria de Ciénaga y que era independiente de las obras que decidiera adelantar el Gobierno Nacional como se aprecia a continuación:

«El AREA METROPOLITANA DE BARRANQUILLA, consciente del papel que debe jugar el puerto de nuestra ciudad, en esta época de apertura decidió evaluar la dinámica de algunos productos nacionales apetecidos por el mercado mundial, tales como minerales, cemento y carbón, concluyendo que el caso específico o de los hidrocarburos fósiles, (sic) algunas cuencas solo tienen viabilidad económica si utilizan el río Magdalena como medio de transporte competitivo. Tales como los carbones de Amagá (Antioquia), Montelíbano (Córdoba), Área Cundiboyacense, San Luis (Santander) y algunas del Cesar como la Aurora y parte de El Descanso»

Si bien el área portuaria de Ciénaga (Magdalena) representa una salida natural para parte de los proyectos de la Jagua, el 60% de El Descanso por su cercanía a la línea férrea actual, así como es también la obligatoria salida de los carbones del Cerrejón central (Guajira), no es menos cierto que la Bahía de Aguas Pandas comprendida entre el río Córdoba y la quebrada de El Doctor no permite el cargue directo de grandes graneleros.

Esta razón justifica la construcción del puerto de aguas profundas de Bocas de Ceniza, con el fin de establecer puente marítimo carbonero que recepcione tanto las cargas carboneras que saldrán por el río, como las que utilizarán carreteras y vía férrea que conduce a Ciénaga.

(...) Esta sociedad debe mirarse como un esfuerzo visionario que no excluye ni se opone a las obras necesarias que el gobierno nacional debe adelantar para garantizar navegabilidad y optimización tanto del terminal actual como de los muelles privados que hoy constituyen el puerto de Barranquilla (Prueba 1 No. fl. 9-10)».

Visto a lo anterior, es manifiesto que la concepción del proyecto de SPBC nunca estuvo supeditada a los niveles de servicio que se pretendían alcanzar con el proyecto de «Recuperación de la Navegabilidad del Río Magdalena», y se fundamentó en otras condiciones geográficas, competitivas y económicas; entre otras cosas, porque la estructuración de esta última iniciativa tuvo lugar quince (15) años después.

5.3.1.6 Respeto al no pago de la contraprestación portuaria

Sobre este particular, los argumentos de SPBC se desdoblan en dos sentidos: En primer lugar, sostiene que se presentaron circunstancias exógenas que dificultaron el retorno de la inversión y; en segundo lugar, señala que efectuó pagos durante la suspensión del contrato derivado de los problemas ocasionados por la instalación de un cable submarino, sin estar obligado a ello.

En tal sentido, el recurrente se expresa de la siguiente manera: «*¿Cómo seguir incurriendo el concesionario en costos cuando no existe certidumbre alguna sobre el proyecto, cuando*

existen factores externos ajenos a su control que no le garantizan el retorno de su inversión y cuando existe evidente incumplimiento previo de las obligaciones de Cormagdalena y del Gobierno Nacional? Hasta antes de suspender los pagos de la contraprestación, precisamente porque los socios se quedaron sin músculo financiero para seguir inyectándole a un proyecto inviable y sin seguridad alguna de retorno o recuperación de su inversión, el concesionario canceló \$16.429.428.625,41»

Como se anotó en el acápite No. 5.3.1.3 de la presente Resolución, no se configuraron hechos constitutivos de causas extrañas al contratista que lo eximan del cumplimiento de sus obligaciones, entre ellas, el pago oportuno de la contraprestación portuaria. Además, como se explicó en el acápite No. 5.3.1.2, de acuerdo con la normatividad (Ley 1 de 1991 y sus decretos reglamentarios; Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998) y la jurisprudencia, la gestión de todos los riesgos inherentes a los contratos de concesión portuaria, otorgados a petición particular, recaen en contratista; de suerte que éste asume los ventajas y desventajas de la gestión social, predial, constructiva, financiera, operativa y comercial del proyecto.

Con relación al segundo de los reparos, esto es, a presunto pago de lo no debido a causa de una suspensión del contrato por la problemática del cable submarino, SPBC señaló que: «*Así las cosas, estas sumas pagadas en detrimento del concesionario, cuando no le asistía obligación alguna de cancelarlas porque el contrato estaba suspendido, deberán ser objeto de reconocimiento por parte de la entidad con su respectiva actualización monetaria y en caso de ser confirmada la decisión de terminación unilateral del contrato por incumplimiento, las mismas deberán ser aplicadas como saldo a favor del concesionario y cruzadas con las sanciones económicas con cargo al concesionario».*

Para la Entidad estos reproches no tienen vocación de prosperidad, pues, si bien el art. 2 de la Resolución No.000152 de 2013, por medio de la cual se reajustó el plazo de la concesión, estableció «*no computar ese período de seis (6) meses cuatro (4) meses veintiocho (28) días para determinar el plazo contractual*», el art. 4 de este acto administrativo resolvió que «*las circunstancias de fuerza mayor reconocidas mediante la presente Resolución no afectan la obligación de contraprestación pactada en la CLAUSULA DECIMA SEGUNDA del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998».*

Por lo tanto, se confirmará el incumplimiento de cláusulas Décima Segunda y el numeral 13.1 de la cláusula Décima Tercera.

5.3.1.7 Respecto a la no constitución de las garantías legales como excepción de contrato no cumplido

Frente a este cargo, expone que «*es cierto, Sociedad Portuaria Bocas de Ceniza no actualizó las garantías, pero dicha situación es consecuencia directa de la mora en la suscripción del otrosí al contrato de concesión imputable a Cormagdalena, más las demás razones ampliamente detalladas en los acápitres anteriores».*

Como ya se ha explicado en apartes anteriores, el análisis de la responsabilidad del contratista se enmarca dentro del acuerdo contractual perfeccionado y no puede tomar en consideración cláusulas de una minuta de otrosí que no fue suscrita por desistimiento del contratista. También, se ha señalado que el esquema de riesgos de los contratos de concesión portuaria no faculta al contratista para incumplir con sus obligaciones, so pretexto de que el proyecto resulte inviable desde el punto de vista comercial, financiero, constructivo u operativo, dado que el originador de la iniciativa es el agente particular: no el Estado.

Por otro lado, SPBC señala que «*durante la vigencia de los amparos para el periodo 2013 a 2018, indujo Cormagdalena a error al concesionario haciéndole pagar una prima desproporcionada, pues calculó el valor asegurado del contrato en USD\$234.699.800, monto tomado de una cifra dada en una plan de inversiones tentativo entregado a la entidad en el año 2013*», cuando lo que correspondía era tomar el valor del contrato, esto es, USD 55.106.308.

Para el Despacho, este argumento no tiene vocación de prosperidad, por cuanto, no desvirtúa los cargos de la citación No. 202003002555, pues no acredita que se hayan constituido garantías que amparen los períodos posteriores al 21 de marzo de 2018.

Además, los valores asegurados superiores a los fijados en la ley no pueden entenderse como pagos en exceso como lo sugiere SPBC, toda vez que los decretos 320 de 2013 (vigente al momento de la última renovación de garantías de SPBC), 474 de 2015 y 1079 de 2015 establecen un mínimo valor asegurable, permitiendo al tomador amparar lo riesgos por sumas superiores.

De esta manera, se confirma que, a la fecha, el contrato continúa desamparado desde el 21 de marzo de 2018 y, por tanto, persiste el incumplimiento de la Cláusula Octava y numerales 13.13 y 13.19 de la Cláusula Decimotercera 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 Decreto 1079 de 2015.

5.3.1.8 Respeto a la no renovación de la matrícula mercantil

SPBC sostiene que «*dicha obligación no es un deber contractual, como equivocadamente lo señala la entidad en los cargos presentados, pero en todo caso, el tenerse sin renovar la matrícula mercantil es irrelevante para efectos de la ejecución del contrato de concesión*».

Contrario a lo afirmado por concesionario, la renovación de la matrícula mercantil constituye una obligación legal y contractual susceptible de ser exigida por autoridad contratante. Para tal efecto, se reitera el contenido de la Cláusula Tercera del Contrato, cuya texto 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 (...)**»

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 línea con lo anterior, se resalta que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que «hacen parte integral del contrato estatal no solamente las reglas contenidas en los estudios previos y los pliegos de condiciones, lo convenido por las partes en el respectivo contrato, las Leyes, los Decretos, las Resoluciones y demás normas de carácter imperativo que regulan no sólo el ejercicio de la actividad contractual del estado en general sino también aquellas que regulan las particularidades del objeto a contratar; así como también las normas supletivas, los principios que rigen la actividad contractual, la equidad y los usos normativos»⁹.

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».

Tampoco son de recibo para el Despacho, las aserciones del recurrente que tildan de irrelevante el acatamiento esta obligación legal, pues desconocen que «el requisito de renovación del registro de matrícula mercantil busca satisfacer fines constitucionales referidos a que la dinámica económica se estructure como una actividad organizada sujeta a la dirección y control del Estado, y por tanto segura desde el punto de vista económico y jurídico, que permite a la comunidad acceso a la información en virtud del principio de publicidad. Y, por lo expuesto el registro mercantil actualizado constituye una medida adecuada para la satisfacción de dichos fines».¹⁰

«Para las entidades estatales en desarrollo de la actividad contractual, para los entes de control en materia impositiva y de vigilancia de la ejecución de recursos públicos, así como para los comerciantes y demás particulares resulta relevante tener la posibilidad de acudir a la base de datos pública del registro mercantil, para conocer quiénes y cómo participan en la producción,

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 8 de febrero de 2017. Radicación No. 25000-23-36-000-2013-017171(54614). C.P: Jaime Orlando Santofimio.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-277 de 2006. M.P: Humberto Sierra Porto.

transformación, compra y venta de bienes y servicios. Lo cual amerita el pago del costo que implica su mantenimiento»¹¹.

Véase, como en contraposición a la tacha de irrelevancia de la matrícula mercantil que efectúa SPBC, la Corte Constitucional, en la providencia transcrita, señala lo contrario, es decir, que resulta relevante para el correcto funcionamiento de la actividad económica del Estado que los comerciantes actualicen su información. De esa manera, el Estado y los particulares pueden conocer los actores y las condiciones en que éstos participan en el tráfico comercial.

En definitiva, la no renovación de la matrícula mercantil constituye una violación de la cláusula Décima Tercera del Contrato de Concesión Portuaria No. 023 de 1998 e impacta el seguimiento, control y vigilancia de la actividad contractual por parte de Cormagdalena.

5.3.1.9 Otras solicitudes

Por último, el contratista solicita «que se reemplace la decisión de caducidad por la orden de proceder a la terminación unilateral o bilateral del contrato de concesión, por inviabilidad del proyecto concesionado, con la respectiva liquidación del contrato de mutuo acuerdo, donde las partes concilien las sumas a favor de cada una y se declaren a paz y salvo».

Este pedimento será resuelto en sentido negativo, por cuanto, la competencia de este Despacho se contrae a citar al contratista para analizar lo ocurrido, sustanciar el trámite y determinar si se configuraron supuestos de incumplimiento. En ese sentido, el literal c del art. 86 de la Ley 1474 de 2014, preceptúa que, el marco del procedimiento sancionatorio contractual, «mediante resolución motivada en la que se consigne lo ocurrido en desarrollo de la audiencia y la cual se entenderá notificada en dicho acto público, la entidad procederá a decidir sobre la imposición o no de la multa, sanción o declaratoria de incumplimiento».

En otras palabras, la presente actuación administrativa no puede resolver sobre aspectos distintos a la declaratoria de incumplimiento o imposición de sanciones, de suerte que disponer la terminación unilateral o bilateral del contrato está por fuera del marco legal de esta instancia de decisión. Por lo tanto, se desatenderá la petición de sustituir la decisión de caducar el contrato por otras formas de terminación anticipada.

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR, en su totalidad, la Resolución No. 000197 del 12 de julio de 2021 por medio de la cual se declaró el incumplimiento grave y caducidad del Contrato de Concesión

¹¹ Ibidem



Portaria No. 023 del 21 de agosto de 1998 suscrito entre la Superintendencia General de Puertos y la SOCIEDAD PORTUARIA BOCAS DE CENIZA S.A.

ARTÍCULO SEGUNDO: Contra la presente resolución no procede ningún recurso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, al primer (1°) día del mes de octubre de 2021.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Revisó: Sonia Guerrero Silva /Abogada OAJ 
OMAA / Contratista OAJ 

Proyectó: Enson O'Neill / Profesional U. 