

Resolución No. 000301

“Por la cual se declara el incumplimiento parcial y multa del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014 suscrito con la sociedad NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada”.

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

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

CONSIDERANDO

I. COMPETENCIA

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

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

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

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

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

1

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La resolución No. 00334 del 31 de octubre de 2019, por medio de la cual el Director Ejecutivo de la Corporación Autónoma Regional del Río Grande de la Magdalena – CORMAGDALENA- delega en el Jefe de la Oficina Jurídica *"el respectivo inicio al trámite de los procesos de imposición de multas, sanciones y declaratorias de incumplimiento de*

qué trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011 de los contratos, incluyendo el periodo probatorio y adopción de la decisión de fondo, esto es la suscripción del respectivo oficio de citación, recepción de descargos, periodo probatorio, nulidades, saneamientos, adopción de la decisión y el correspondiente recurso de reposición cuando haya lugar (...)".

II. ANTECEDENTES CONTRACTUALES.

1. El señor AURELIO TOBON ESTRADA, actuando en condición de apoderado de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPCA, calidad que acredita mediante poder otorgado por su Representante Legal ALVARO ALEJANDRO MEJÍA RODAS, mediante comunicación radicada en CORMAGDALENA bajo el No. 2008004013 el veinticinco (25) de septiembre de 2008, presentó una solicitud de concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público localizados en jurisdicción del Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Departamento del Atlántico.
2. Que en cumplimiento del Artículo 12 de la Ley 1 de 1991 y en el Artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó el trámite solicitado mediante la expedición de la Resolución de aprobación No.000144-2013 del veintiséis (26) de abril de 2013, que definió los términos a los que debe sujetarse la sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPCA para el otorgamiento de la concesión.
3. Mediante Resolución No. 269 del veintiuno (21) de agosto de 2014 CORMAGDALENA autorizó la cesión de derechos y obligaciones previstos en la Resolución No. 000144-2013 de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe-PIPCA S.A. a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
4. Mediante Resolución No. 352 del veintinueve (29) de octubre de 2014, CORMAGDALENA otorgó una concesión a Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
5. CORMAGDALENA y Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., suscribieron Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004-2014 el veintiséis (26) de noviembre de 2014.
6. Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A solicitó la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004 de 2014, según la descripción del objeto y el alcance que se indicó en la comunicación radicada ante CORMAGDALENA bajo el Nro. 201702005310 del veintiuno (21) de noviembre de 2017.
7. Mediante oficio No. 201903000853 del veintinueve (29) de marzo de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer trimestre del año 2019.
8. Mediante oficio No. 201903001848 del primero (1) de agosto de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los

formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer y segundo trimestre del año 2019.

9. Mediante resolución No. 312 del ocho (8) de octubre de 2019, CORMAGDALENA convocó audiencia pública de modificación contractual del contrato 3-0004-2014, para el día veintiuno (21) de octubre de 2019 a las 2:30 p.m., en las oficinas de CORMAGDALENA.
10. Mediante correo electrónico de fecha dieciocho (18) de octubre de 2019 la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. solicitó aplazamiento de audiencia pública programada para veintiuno (21) octubre de 2019, teniendo en cuenta que el equipo técnico de la Sociedad Portuaria no podía asistir a dicha audiencia.
11. Que llegada la hora y fecha señalada en la Resolución No. 312 de 2019, se instaló la Audiencia pública y se aceptó la solicitud presentada por la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., y se suspendió la audiencia.
12. Que mediante Resolución No. 337 del quince (15) de noviembre de 2019, se fijó fecha y hora para continuar la audiencia pública de modificación para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019 a las 2:30 p.m. en las oficinas de CORMAGDALENA seccional Bogotá D.C.
13. Que el veinticinco (25) de noviembre de 2019, la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. radicó en CORMAGDALENA comunicado No. 201902006281 por medio del cual nuevamente solicitó reprogramación de la audiencia pública prevista para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019.
14. Que Cormagdalena no accedió a la solicitud de reprogramación de la audiencia presentada por la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., por considerar que operaba el supuesto factico del parágrafo segundo de la Resolución No. 000337 del 15 de noviembre de 2019, motivo por el cual se entiende desistido el trámite y se procedió a archivar.
15. Mediante Resolución No. 000029 del veintisiete (27) de enero de 2020, CORMAGDALENA procedió a archivar la solicitud de modificación contractual presentada por la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.

III. HECHOS SUSCEPTIBLES DEL PRESUNTO INCUMPLIMIENTO PARCIAL DE LAS OBLIGACIONES Y MULTA DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 03-0004 de 2014 Y PRUEBAS

Mediante Comunicaciones Internas con radicado CORMAGDALENA No. 202001001438 del 4 de agosto de 2020 y No. 202001001612 del 28 de agosto de 2020, de la Subdirección de Gestión Comercial la doctora Claudia Morales Esparragoza, en calidad de supervisora del contrato de concesión portuaria No. 03-0004 de 2014, señaló:

“(…) 3.1. Hechos que generan el presunto incumplimiento:

4

Oficina Principal
Barrancabermeja
Carrera 1 No. 52 - 10
Sector Muelle
PBX: (7) 6214422
FAX: (7) 6214507

Oficina Gestión y
Enlace - Bogotá
Calle 93B No. 17 - 25
Oficina 504
PBX: (1) 6369093
FAX: (1) 6369052

Oficina Seccional
Barranquilla
Vía 40 No. 73 - 290
Oficina 802
PBX: (5) 3565914



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**

3.1.1. No fondeo de los recursos de la fiducia constituida.

a) La CLÁUSULA 27 del contrato de concesión No. 3-0004-2014 obliga al concesionario a la constitución y depósito los recursos en la fiducia con el fin de contratar la interventoría.

b) La Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. el treinta y uno (31) de marzo de 2015 constituyó la fiducia con la firma fiduciaria Bancolombia mediante número de contrato fiduciario 7732. La sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. depositó en la fiducia la suma de COP\$365.106.072,09.

c) La Subdirección de Gestión Comercial en su competencia del seguimiento de las obligaciones contractuales, identificó que el concesionario no había realizado los aportes y/o giros correspondientes a la fiducia, conforme al informe del área financiera de la Subdirección de Gestión Comercial la sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. debe girar la suma de USD\$373.527 a la fiducia No. 7732.

d) El diecinueve (19) de febrero de 2020 mediante oficio No. 202003000574, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. el fondeo de los recursos a la fiducia por un monto de TRESCIENTOS SETENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTE SIETE DOLARES (USD\$373.527).

e) Mediante comunicado No. 20200300732 del once (11) de marzo de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial reiteró a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. la obligación de realizar el fondeo de los recursos a la fiducia para contratar la interventoría pactada contractualmente.

f) El veintiuno (21) de abril de 2020 mediante oficio No. 20200300900 se realizó segunda reiteración a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. de consignar los aportes de los recursos a la fiducia con el fin de que la Corporación adelantara el proceso de contratación de la interventoría.

g) El trece (13) de mayo de 2020 la Subdirección de Gestión Comercial remitió oficio No. 202003001066 cuyo asunto es aviso de presunto incumplimiento de la obligación de Clausula 27 literal F "Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría".

h) La Subdirección de Gestión Comercial solicitó a la fiduciaria Bancolombia estado de la cuenta fiduciaria, en la cual se evidencia que a corte de siete (7) de julio de 2020 la cuenta tiene un saldo de COP\$281.077.787.

i) El área financiera de la Subdirección de Gestión Comercial realizó informe financiero No. 005 mediante el cual se indica que la sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. debe girar la suma de USD\$373.527 a la fiducia No. 7732.

j) A la fecha de elaboración del presente informe el concesionario no ha fondeado los recursos necesarios para la contratación de la interventoría que debe hacer seguimiento y/o supervisión a las obligaciones contractuales, de conformidad con lo establecido en el texto contractual.

3.1.2. No entrega de información.

a) Mediante oficio no. 201903000853 del veintinueve (29) de marzo de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer trimestre del año 2019.

b) Mediante oficio no. 201903001848 del primero (1) de agosto de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer y segundo trimestre del año 2019.

c) Que mediante oficio No. 202003000510 del catorce (14) de febrero de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer, segundo, tercer y cuarto trimestre del año 2019, so pena de iniciar los procesos administrativos sancionatorios.

d) El ocho (8) de mayo de 2020, la Subdirección de Gestión Comercial mediante oficio No. 202003001085 reiteró allegar los formatos de inversión debidamente diligenciados correspondientes a los trimestres del año 2019.

e) Mediante oficio No. 202003001364 del veinticinco (25) de junio del 2020 la Subdirección de Gestión Comercial remitió aviso de incumplimiento a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. por el no cumplimiento de la obligación contractual de suministrar la información requerida por la Corporación.

f) Mediante comunicado radicado en CORMAGDALENA el treinta (30) de junio de 2020 con número registro 202002002939, la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. dio respuesta al requerimiento realizado por la Subdirección de Gestión Comercial referente a los formatos de inversión.

Si bien, el concesionario presentó los formatos de inversión F-PGC-01 y 02, estos no cumplían con los requisitos mínimos para su aprobación, es por ello, mediante oficio No. 202003001424 del tres (3) de julio de 2020 la Subdirección solicitó al concesionario allegar los formatos debidamente diligenciados.

g) Es claro que el concesionario allegó una documentación, sin embargo, es de anotar la información que debe suministrar el concesionario debe ser acorde a lo solicitado, esto es, que debe cumplir con los requisitos para su aprobación, es claro que el concesionario presentó la misma información que fue revisada por la Interventoría Ingeniería de Proyectos S.A.S y se evidenció que las inversiones indicada por el concesionario no se podían verificar en la zona de Uso Público Concesionada, ya que dichas inversiones no están instaladas en dicha zona.

3.1.3. No Actualización de Garantías Contractuales.

a) La sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. presentó unas garantías las cuales fueron aprobadas por la Corporación mediante comunicado 2015100043 del 13 enero de 2015, cuyo plazo de amparo era de cinco (5) años, el cual venció el primero (1) de diciembre de 2019.

b) Mediante oficio no. 202003001084 del quince (15) de mayo de 2020, se le solicitó a la Sociedad Portuaria allegar las pólizas actualizadas, toda vez que las pólizas que respaldan el contrato 3-0004-2014 se vencieron en el mes de diciembre del año 2019.

c) Mediante oficio No. 202003001223 del ocho (8) de junio de 2020, se remitió segundo requerimiento de actualización de las garantías contractuales.

d) Mediante oficio No. 202003001377 del veinticinco (25) de junio del 2020, la Subdirección de Gestión Comercial radicó aviso de presunto incumplimiento a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., por la no actualización y/o renovación de las garantías contractuales.

e) La fecha de elaboración del informe el concesionario no ha presentado las pólizas actualizada.

3.1.4. No pago de la Contraprestación.

a) La Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. tenía como fecha límite para el pago de su contraprestación, el último día del mes de febrero del año al que corresponda cada cuota, tal y como se indica en la Cláusula 17 del contrato 3-0004-2014.

b) El veintisiete (27) de febrero del 2020, la sociedad portuaria radicó comunicado con registro de CORMAGDALENA No. 202002000809, indicando que habían realizado el pago de la contraprestación.

Revisada la documentación mencionada en el comunicado No. 202002000809, se identificó que la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. no había realizado el pago de la contraprestación.

c) La Secretaría General de CORMAGDALENA remitió correos a la Sociedad Novo porto S.A. solicitando el pago de la contraprestación correspondiente a la anualidad 2020.

d) Mediante comunicado interno No. 202001001400 del 29 de julio de 2020 la Secretaría General de CORMAGDALENA presentó estado de cuenta de la deuda de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.:

SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO S.A. CONTRATO CR-3-0004-2014 ESTADO DE CUENTA A 31 DE JULIO DE 2020			
VALORES POR CANCELAR	USD \$	SUBTOTALES	COL. \$
INTERESES MORA:			\$44,719,506.00
ADEUDADO A CORMAGDALENA		26,831,704.00	
ADEUDADO AL DISTRITO	-	17,887,802.00	
ZONA DE PLAYA:	118,373.57		440,194,607.00
ADEUDADO A CORMAGDALENA		264,116,764.00	
ADEUDADO AL DISTRITO	-	176,077,843.00	
TOTAL A PAGAR	118,373.57		484,914,113.00

FECHA:	29 DE JULIO DE 2020	T.R.M.		\$	3,718.69
---------------	----------------------------	---------------	--	-----------	-----------------



De lo anterior se indica que esta sociedad adeuda a la Corporación, la suma de COP\$484.914.113.(...)”

IV. GARANTÍA ÚNICA DE CUMPLIMIENTO.

NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. Liquidada**, allegó la póliza de cumplimiento No. 1195514-4, expedida por Seguros Generales Suramericana S.A. que ampara el cumplimiento del citado contrato.

Que dando cumplimiento al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se surtió la etapa de citación a audiencia mediante oficios de citación No. CE- OAJ - 202003002138 del 17 de septiembre de 2020, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202003002143 del 18 de septiembre de 2020 enviada a la compañía garante, con la finalidad que comparecieran a audiencia de que trata el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, prevista para el día 21 de octubre de 2020 a las 10:00 A.M.

V. DESARROLLO DE LA AUDIENCIA

Audiencia del 21 de octubre del 2020

El día 21 de octubre del 2020, a la hora señalada para tal efecto, se instaló la audiencia, se reconoció personería al doctor **JOSÉ VICENTE GUZMÁN**, para actuar en calidad de apoderado principal y a la doctora **ANGÉLICA HERRERA VELÁSQUEZ** para actuar en calidad de apoderada sustituta del Concesionario. Así mismo, se le reconoció personería al doctor **FABIAN MOSCOTE AROCA** como apoderado de la Compañía Aseguradora.

Se concedió la palabra al apoderado del Concesionario para que presentara los argumentos de defensa, quien expuso:

“(...) Entonces en resumen, hay 4 cargos: no pago de la contraprestación, el cargo debe desestimar en cuanto la contraprestación ya se pagó y estoy acreditando los soportes de pago; no fondeo de los recursos para la interventoría, ha habido un retraso en el fondeo de los recursos para la interventoría que tenía unas justificaciones que en este momento no quiero profundizar sobre ellas, estamos presentando con el escrito de descargos un acuerdo de pago muy claro que cumple todos los requerimientos de Cormagdalena para ponernos al día en el fondeo de esos recursos; que no se presentaron los informes, ya se presentaron otra cosa es que haya que complementarlos o modificarlos, etc. Y, por último, es que no se renovaron las garantías y las garantías solo se podrán renovar en la medida en que Cormagdalena en ejercicio de la buena fe contractual también le aclare a la aseguradora que no hay un siniestro todavía sino solamente se está abriendo una investigación que perfectamente puede cerrar.

Por todas estas razones, yo solicito a la doctora Deisy que, cierre esta investigación este proceso administrativo sancionatorio porque no tiene ningún objeto y no tiene ningún objeto porque la única obligación por lo menos dineraria que quedaría pendiente de cumplimiento perfectamente se puede resolver con la celebración del acuerdo de pago de los fondos de la interventoría y para eso no se necesita un proceso administrativo sancionatorio y de ante mano le digo doctora Deisy, este contrato para poder regularizar su ejecución necesitamos modificar el contrato, necesitamos iniciar un proceso de modificación del contrato, estamos

8

próximos a iniciar ese proceso de modificación del contrato con la publicación del aviso de prensa al que se refiere el decreto reglamentario 1079 de 2015 en concordancia con el artículo 17 de la ley 1 de 1991 pero, usted bien sabe que no va a poderse tramitar la modificación del contrato hasta cuando la Corporación no considere que el concesionario se encuentre al día en el cumplimiento de sus obligaciones entonces, no tiene ningún sentido tener abierto este procedimiento sancionatorio, nosotros además de pedir que se cierre esta investigación por los motivos antes expuestos queremos solicitarle que se deje constancia en esta acta de que la intención del concesionario es iniciar un proceso de modificación del contrato de concesión para resolver las cláusulas patológicas que tiene este contrato, sobre todo la cláusula 19 pero al mismo tiempo, queremos solicitar junto con esa modificación, una suspensión en la ejecución del contrato de concesión porque hasta tanto esta situación del plan de inversiones no se modifique, no se regularice queremos o creemos que ni siquiera es necesario de pronto modificar el contrato sino simplemente modificar el plan de inversiones, no habría que publicar aviso de prensa, necesitamos modificar básicamente el plan de inversiones, pero como el plan de inversiones está en una cláusula contractual pues ya analizaremos jurídicamente si es necesario adelantar todo el trámite de modificación del contrato de concesión con publicación, aviso de prensa, audiencia yo creo que no sería necesario, basta con modificar el plan de inversiones y hacerlo a través de un otro sí pero, mientras eso se hace nosotros creemos que lo más conveniente para que no se sigan acumulando estas situaciones de presunto incumplimiento a juicio de la Subdirección Comercial es que se suspenda en contrato de concesión, nos demos un espacio suficiente para regularizar estas cláusulas patológicas del contrato y para regularizar la ejecución del mismo.(...)”

Una vez finalizada la intervención de la defensa del Concesionario, se le concedió la palabra al apoderado de la Compañía garante para que igualmente se sirviera exponer sus descargos. El apoderado coadyuvó los argumentos de la defensa.

Concluida la intervención por parte de los apoderados y en aras de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa se procedió a suspender la audiencia, fijando su reanudación para el día 28 de octubre de 2020, la cual se reprogramó para el 10 de noviembre de 2020, por solicitud del apoderado del Concesionario.

Audiencia del 10 de noviembre del 2020

Continuando con la audiencia, se dio apertura al periodo probatorio, incorporando las pruebas documentales aportadas por el Concesionario y el Garante.

Adicionalmente, este Despacho decretó de oficio a la Secretaría General para que certificara los ingresos relacionados por el Concesionario por pago de contraprestación portuaria del contrato de Concesión Portuaria 03-0004 de 2014, una prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial.

Una vez incorporadas las pruebas documentales, y decretadas las pruebas por oficio, se suspendió la audiencia.

Audiencia del 3 de diciembre de 2020

Encontrándose la actuación en la etapa de pruebas, se decretaron las aclaraciones y complementaciones a la prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial,

Una vez incorporados los decretados, se suspendió la audiencia con el fin de preservar el correcto desarrollo de la actuación administrativa, informando que se reanudaría la audiencia con el objetivo de incorporar las aclaraciones y complementaciones.

Audiencia del 13 de enero de 2021

En la sesión llevada a cabo el día 13 de enero de 2021, encontrándose el procedimiento en periodo probatorio, se incorporaron las respuestas a las aclaraciones y complementaciones a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial y se cerró el período probatorio.

En este sentido, el apoderado del concesionario realizó una interpelación, la cual consistía, que se le diera traslado de las respuestas de aclaración y complementación, no cerrar el período probatorio y buscar un escenario de mecanismo alternativo de solución de conflictos para definir algunos temas objeto del sancionatorio, así:

“(...) Entonces, el primer punto para tratar de ser claro que he sido un poquito errático es que yo creo que todavía no podemos ir a alegatos doctora, creo que en este momento deberíamos suspender pero para que nos corran traslado de las aclaraciones o complementaciones en el informe de la Subdirección Comercial y poder nosotros pronunciarnos sobre esto y luego si hacer audiencia de alegatos si lo estiman pertinentes.

Y en segundo lugar, que creo que de fondo valdría la pena que de pronto aprovecháramos esa suspensión para que en otro escenario ya no en audiencia del proceso administrativo sancionatorio pudiéramos establecer como una reunión para ver si de pronto lo mejor es trasladar algunos temas que estamos discutiendo en este proceso administrativo sancionatorio a un arbitraje o a una amigable composición o una conciliación si lo estima pertinente la Entidad porque creo que es la decisión definitiva que nos conviene a ambas partes. Muchas gracias Doctora.(...)”

Frente a las anteriores manifestaciones la jefa de la Oficina Asesora Jurídica, resolvió:

“(...) Doctor Guzmán, entiendo las solicitudes que realiza tanto usted como el apoderado de la aseguradora en todo caso yo me permito recordarle que hemos actuado de conformidad con el artículo 275 y 276 del Código General del Proceso e incluso incluyendo el 277, se ha solicitado la presentación de una prueba por informe por parte de la Subdirección de esa prueba por informe se corrió traslado a las partes, se les permitió presentar las aclaraciones o complementaciones que consideraran que fueran necesarias y de esas aclaraciones o complementaciones se les corrió traslado del informe, ustedes solicitaron la complementación o aclaración y esas aclaraciones son las que se realizan el día de hoy, no veo que la

norma indique que se deba dar un nuevo traslado y que se deba dar una nueva oportunidad para que ustedes controviertan el informe.

En todo caso como lo dijo el apoderado de la aseguradora con el cual estoy de acuerdo, ustedes tienen una oportunidad adicional y son en los alegatos de presentar pues las inconformidades que ustedes consideran que se puedan dar frente al informe pues de otra manera sería dar una nueva oportunidad legal que la misma norma no establece y pues no podríamos en últimas cerrar el debate que se pueda dar frente a la prueba por informe.

Yo, no tendría ningún inconveniente en establecer una fecha posterior para si ustedes quieren hacer algún tipo de acercamiento con la Subdirección dado que pues les han dado respuesta a una de las solicitudes que ustedes han realizado que realmente escapa del procedimiento administrativo sancionatorio, igualmente, frente a la necesidad o no de acudir a otros mecanismos pues las partes dentro de la autonomía que tienen y dentro de las potestades que también da el contrato lo podrían realizar pero, pues el inicio de este procedimiento no tiene nada que ver con posibles acuerdos a los que lleguen las partes o controversias contractuales que se puedan dar.

El inicio de este procedimiento se da pues por los hechos y circunstancias que se determinaron en la citación y son esas las que hacen parte de este procedimiento y frente a los cuales nosotros nos podríamos pronunciar, como no somos juez del contrato no nos podríamos pronunciar frente a posibles discrepancias que pueda haber entre las partes respecto al contenido contractual.

No sé si requieran una fecha adicional, si ustedes quieran acercarse a la Subdirección e intentar un mecanismo distinto mientras que se reanuda la audiencia. (...)

Respecto de las anteriores manifestaciones, el apoderado del Concesionario, señaló:

“(...) Si señora, me parece muy bien Doctora Deisy, si nos diera un tiempito más o sea que la fecha de reanudación de la audiencia no fuera el 10 sino unas dos o tres semanas más, eso nos da oportunidad, yo me comunico con la subdirección comercial porque creo que hay unos espacios para llegar a unos acuerdos que podrían a través de una modificación del contrato y queremos explorar esa posibilidad nos parece la mejor opción. Entonces, de pronto si nos da un poquito más de tiempo creo que, podemos hacerlo dentro del dialogo normal que los concesionarios tienen con la entidad concedente.(...)”

Una vez escuchados se suspendió la audiencia para el día 25 de febrero de 2021.

Audiencia del 25 de febrero de 2021

En sesión de audiencia del 25 de febrero de 2021, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica de Cormagdalena otorgó el uso de la palabra para que presentaran los alegatos finales, frente a la cual la apoderada sustituta del Concesionario, manifestó:

11

“(…) Gracias doctora Deisy, sin embargo, yo creo que antes seguir con la etapa procesal del presente proceso sancionatorio, nosotros como bien lo hemos manifestado quisiéramos solicitar la suspensión de audiencia por dos razones la primera y es que en la audiencia que tuvimos a inicio de año en enero particularmente lo que habíamos aportado al finalizar la audiencia era que íbamos a empezar a hacer mesas de trabajo con la Subdirección Comercial a efectos de revisar alguna de las obligaciones o dos de las obligaciones que estaban previstas dentro de la presente investigación. sin embargo, solamente hasta la fecha, el lunes de esta semana la Subdirección Comercial se pronunció al respecto entonces en tal sentido, considero que más allá de pasar a la siguiente etapa procesal que es la los alegatos de conclusión como bien lo expone usted creo pertinente suspender la audiencia y poder realizar esta diligencia el día de mañana como está previsto dado que ésta era parte de los compromisos que habíamos adquirido a inicio de este año en la audiencia que tuvimos de manera de manera inicial.(…)”

Respecto a esta solicitud, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica, señaló:

“(…) A esta Oficina Asesora Jurídica no ha sido comunicado por parte de la Subdirección avances en el tema, hemos recibido los correos de la apoderada, usted doctora Angélica, sin embargo, como quiera que, dentro de la entidad funcionalmente quién tiene la competencia para la revisión de estos asuntos es única y exclusivamente la Subdirección de Gestión Comercial y dado que pues además ellos son pues tienen a cargo el trámite y demás serían ellos los que podrían hacer parte de las mesas de trabajo. Veo que está el doctor Carlos Arturo Herrera nosotros no hemos conocido ningún avance y por lo tanto programamos la reanudación de la audiencia. (…)”

Frente a las anteriores manifestaciones, el abogado de la Subdirección de Gestión Comercial, presente en la audiencia, expresó:

“(…) Buenos días para todos, por instrucciones de la Subdirectora de Gestión Comercial se requirió que las mesas de trabajo estuvieran presentes la interventoría de la cual firmó el acta de inicio apenas hace unas semanas. En ese entendido, se le paso toda la información necesaria para del expediente del contrato de concesión para que iniciara la verificación y estuviera al tanto, estuviera al día con todas las actuaciones que se han tenido dentro del expediente contractual. En ese sentido, se programó para el día de mañana una mesa de trabajo en aras de poder normalizar el contrato de concesión, en ese sentido, se informa de primera mano de que el día de mañana se tiene ya programada una reunión para iniciar las mesas de trabajo que fueron solicitadas por la Sociedad Portuaria y el apoderado. (…)”

En este sentido la jefa de la Oficina Asesora Jurídica, indagó al profesional de la Subdirección de Gestión Comercial, a saber:

“(…) Bueno doctor, y ustedes entonces consideran que en este punto se podían entonces dar inicio a estas mesas de trabajo. (…)”

Frente a lo cual el referido profesional, indicó:

“(...) Sí señora, sí doctora Deisy. Vamos a dar inicio como tal a las mesas de trabajo el día de mañana. Tenemos un cronograma inicial para para darle el trámite pues lo vamos a agendar o lo vamos a estudiar el día de mañana para ver qué soluciones o alternativas se puede dar para superar los incumplimientos que tiene la sociedad Portuaria.(...)”

En razón a todo lo anterior, la jefa de la Oficina Asesora Jurídica, manifestó:

“(...) Bueno yo les diría lo siguiente: nos han mandado también invitación creo que la doctora Angélica es la que nos ha estado pidiendo este acompañamiento, ustedes entenderán que como nosotros como Oficina Asesora Jurídica dado que estamos adelantando el procedimiento administrativo sancionatorio no podríamos hacer parte las mesas porque no estaría bien ser juez y parte; ustedes además tienen una interventoría y es la interventoría la llamada acompañar jurídica y técnicamente todo el proceso de las mesas de trabajo y en ese en ese entendido pues la Oficina Asesora de Jurídica solamente estarían presta a lo que ustedes puedan avanzar dentro de las mesas.

Entonces, si les parece yo como Oficina de Asesora Jurídica viendo que tanto la Subdirección como el Concesionario desean explorar esta alternativa y dado que la norma permite explorar una alternativa en este sentido estaría acogiendo la solicitud de la apoderada para suspender la audiencia. En todo caso, como yo tengo poner una fecha de reanudación por lo menos tentativa y una fecha que además las establece ustedes como un límite dentro del cual ustedes deberían de tratar de ponerse de acuerdo reanudaríamos entonces para el 25 de marzo si antes de esa fecha todavía no han podido culminar deben notificarle a la Oficina Asesora Jurídica, solicitando o la subdirección o el apoderado una reprogramación de la fecha pero creo que un mes es una fecha bastante adecuada para que ustedes puedan empezar en las mesas de trabajo y puedan determinar si esas mesas puedan concluir en alguna definición distinta a la de continuar con el procedimiento sancionatorio. ¿les parece entonces? (...)

Así las cosas, se suspendió la audiencia, quedando pendiente los resultados de las mesas de trabajo.

Actuaciones por fuera de audiencia

El día 8 de abril de 2021, los apoderados del Concesionario Doctores José Vicente Guzmán y Angélica Herrera Velásquez, abogado principal y sustituto respectivamente, presentaron su RENUNCIA al poder acompañada con la prueba de comunicación a su poderdante en los términos del artículo 76 del Código General del Proceso.

En el referido memorial de renuncia, los apoderados informaron a este despacho los siguientes hechos:

“El motivo que origina la renuncia a los mencionados poderes responde al hecho de que, en el día de hoy, 8 de Abril de 2021, fuimos informados de que la matrícula mercantil de la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A. fue cancelada el pasado 25 de marzo de 2021. También fuimos informados por la sociedad portuaria que hemos representado hasta el día de hoy que la asamblea general de accionistas de esta sociedad, en el curso de una reunión ordinaria, había aprobado su disolución y la cuenta final de la liquidación de esta sociedad, y que la misma fue registrada en esa misma fecha ante la Cámara de Comercio de Barranquilla. Así mismo, fuimos informados de que, con anterioridad, el máximo órgano social también había aprobado la transformación de la compañía de Sociedad Anónima (S.A.) a Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), decisión que también fue inscrita en el registro mercantil el pasado 17 de marzo de 2021.

(...)

Nuestra firma, y sus abogados, sólo fuimos informados de los hechos que motivan esta renuncia a los poderes hasta el día de hoy, 8 de abril de 2021. En consecuencia, Guzmán Escobar & Asociados (GEA), ni ninguno de sus abogados, intervino ni participó en las decisiones de transformar, disolver ni liquidar a la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A.”

El día 26 de abril de 2021, a través de comunicación electrónica se puso en conocimiento el anterior hecho a las partes e intervinientes a esta audiencia.

Audiencia del 29 de abril del 2021

Se hizo referencia a las actuaciones señaladas en la renuncia de poder por parte de los apoderados del Concesionario, adicionalmente el representante legal de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. LIQUIDADA, reiteró solicitud de suspensión de la audiencia entre otros motivos por no contar con un apoderado.

Frente a esta solicitud la jefa de la Oficina Asesora Jurídica, indicó:

“(...) Muchas gracias, bueno doctor Eugenio estaba revisando la solicitud que ustedes hicieron por escrito, a ver si había algún tipo de argumento distinto porque como le indicaba nosotros revisamos los argumentos respecto a algunos de los temas que usted mencionó en su participación hace unos minutos.

Frente a esos argumentos nosotros ya nos pronunciamos de fondo, como se trata de situaciones como usted muy bien indica afectan el procedimiento administrativo sancionatorio, debemos estudiarlo a fondo y solamente podríamos hacerlo una vez concluyamos el procedimiento administrativo sancionatorio, es decir, en la decisión.

Estas solicitudes vuelvo y repito al ser de fondo se deciden finalmente en la definición cuando ya se han estudiado todas las pruebas que se han recaudado en

14

el procedimiento administrativo sancionatorio, una de esas pruebas que es absolutamente fundamental y que podrán utilizarse los argumentos ya esbozados en sus escritos son precisamente los alegatos, entonces para esta Oficina Asesora Jurídica es absolutamente fundamental escucharlos, porque de otra manera pues para nosotros es difícil el recaudo probatorio de no poder escuchar a cada una de las partes y esto además en procura del debido derecho de defensa.

Revisando los argumentos que usted ha presentado, el único argumento novedoso que yo veo distinto a los que ya hemos resuelto por parte de esta Oficina Asesora Jurídica y frente a los cuales nos reiteramos, es el hecho del tema de la defensa técnica, aun cuando el procedimiento administrativo sancionatorio no contempla la obligación de la asistencia de un abogado para la defensa en este caso del contratista, en caso de que se inicie un procedimiento administrativo sancionatorio en aras del debido proceso vamos a acceder a su solicitud dado que usted ha manifestado que requiere de un abogado.

Sin embargo, debe resaltarse que la situación de no contar con un abogado no es una situación novedosa para ustedes al inicio de esta audiencia el día de hoy, según cuenta usted mismo y de acuerdo a la comunicación enviada por sus apoderados anteriores y que fueron reconocidos dentro del procedimiento administrativo sancionatorio han pasado casi más de dos semanas desde que la situación se presentó, es decir, que en procura del debido proceso también les exige una serie de cumplimientos de buena fe por parte de cada uno de los participantes no solamente de la administración, también por parte de cada uno de los que estamos integrando el procedimiento administrativo sancionatorio.

Por lo tanto no es una situación tan novedosa esta que usted ha estado planteando el día de hoy, así que en procura de esa buena fe que debe permear cualquier tipo de relación entre públicos y privados se le solicita que, con absoluta prontitud se pueda contar con la debida defensa para que usted asista al procedimiento administrativo sancionatorio que como le indico debe continuar cada una de sus etapas hasta una decisión final en donde tendremos que pronunciarnos frente a cada uno de los supuestos que usted el día de hoy ha esbozado.

Entonces, señor Eugenio vamos a conceder la solicitud de aplazamiento de esta audiencia, no sé doctora Sonia si tenemos una fecha tentativa para su reanudación. (...)"

Una vez realizada las anteriores intervenciones, el abogado de la compañía garante solicitó la palabra, manifestando:

"(...) Muchas gracias doctora Deisy, a mí me asiste una inquietud respecto a la solicitud que hace Novo Porto y es en la medida de que la sociedad se encuentra disuelta y liquidada ¿quién va a otorgar el poder? O sea, estaríamos frente a una imposibilidad física y jurídica de poder digamos sortear esta situación, porque uno

como apoderado debe acreditar la legitimidad de quien le otorga el poder y naturalmente la existencia y representación. Nosotros solicitamos un certificado de existencia y representación que lo remitimos en el curso de la audiencia que me imagino también lo tiene la entidad en el cual consta efectivamente que Novo Porto está disuelto y liquidado ante la cámara de comercio.

Yo aquí quiero hacer una acotación simplemente de cara soy respetuoso del término y naturalmente comparto la decisión, sin embargo, quiero dejar sentado que debería analizarse previo a la continuación del procedimiento la circunstancia planteada por Novo Porto, este es un tema que viene siendo una causal sobreviniente de terminación anormal del procedimiento sancionatorio no se va a poder legalmente contar con un apoderado de quien no existe legalmente.

Partiendo de la premisa de que el Derecho Administrativo Sancionador, como es el que se ejerce en esta actuación administrativa en este caso de orden contractual es una manifestación del uis puniendi y que en cierta medida tanto la jurisprudencia constitucional como la convencional ha aceptado pacíficamente que, siendo manifestación del uis puniendi comparte ciertos principios y regulaciones del derecho penal.

En nuestro medio, el artículo 82 del código penal prevé como casual de extinción de la acción penal en el numeral 1 “la muerte del procesado”, esta muerte del procesado se asimila a la disolución en materia o frente a las personas jurídica porque no podríamos predicar la muerte física de la sociedad, sino que teniendo en cuenta que es una acción la disolución hace las veces de este fenómeno natural.

En esa medida, habiendo una identidad de a lo menos en cuanto a los principios que enmarcan los dos tipos de actuaciones, el administrativo sancionador y el derecho penal, la consecuencia práctica para este evento es que, esa disolución de Novo Porto SA más allá de cualquier otra consideración equivale a la muerte y la muerte está prevista como una causal de extinción de responsabilidad y el artículo 86 literal d) efectivamente prevé que en cualquier momento, es decir no habría que esperar a adoptar la decisión, cuando se engendre o se genere una causal que impida en este caso hay una imposibilidad física y una imposibilidad jurídica de continuar con la actuación, porque adicionalmente existe el principio de personalidad de la sanción conforme al cual quien es susceptible de ser sancionado en este caso concreto es Novo Porto SA, no los socios y no otra empresa y adicionalmente si mal no recuerdo la cláusula 38 del contrato de concesión el literal H cuando regula la terminación del contrato señala entre las causales por disolución o liquidación voluntaria o forzosa del concesionario, entonces tenemos que estamos frente a una causal de terminación del contrato, que el contrato no puede subsistir sin una de las partes en este caso, el concesionario que ya se extinguió por decisión de los socios es decir, hubo liquidación voluntaria y hubo disolución. Y Adicionalmente, que estamos frente a una casual de extinción de responsabilidad que, si bien es cierto tiene su fuente en el Código Penal es perfectamente aplicable en materia

administrativa sancionatoria ante la ausencia de regulación expresa sobre la materia haciendo una interpretación integral, sistemática de las normas que pueden confluir.

En esa medida uno podría decir que la muerte del inculpado durante la tramitación del procedimiento da lugar a la terminación, pues este procedimiento es intuitio personae y las sanciones son intransferibles en esa medida por economía procesal considero que debe darse la decisión previa de cesación del procedimiento pues no habría a quien imponer la sanción que como consecuencia prevé el pliego de cargos dadas las limitaciones ya enunciadas, sin perjuicio que en la continuación de persistirse en continuar con el procedimiento Novo Porto pueda gozar de una defensa técnica que ejerza su defensa. Falta decir que, cualquier decisión tomada o que se llegue a tomar frente a este proceso sancionatorio especialmente imponer una sanción será nula de pleno derecho porque se impondría a una persona jurídica que se encuentra disuelta y lo cual está acreditado en el Certificado de Existencia y Representación Legal. Muchas gracias. (...)

Frente a la anterior intervención la jefa de la Oficina Asesora Jurídica, señaló:

“(...) Doctor agradezco muchísimo sus argumentos.

Esta es la razón por la cual la Oficina Asesora Jurídica ha indicado la necesidad de que los alegatos se presentaran en debida forma por cada una de las partes. Nosotros dentro del procedimiento administrativo sancionatorio nosotros no se nos ha trasladado la prueba de que efectivamente la situación relatada por los apoderados y relatada muy tangencialmente por parte del concesionario realmente está ocurriendo en la manera en cómo la están relatando y usted entenderá que la única prueba fehaciente de que esta situación existe o no existe o de que se ha dado la muerte de la sociedad o de la persona jurídica es única y exclusivamente del Certificado de Existencia y Representación Legal.

A esta Oficina Asesora Jurídica no ha sido trasladado ni por los apoderados ni por el concesionario dado que ellos son los que tiene la carga de esta prueba, dado que fundamentan sus alegatos no ha sido trasladado ese Certificado de Existencia y Representación Legal así que parte de la necesidad de que presentaran precisamente sus alegatos es que presentaran esta situación a la Corporación, a la Oficina Asesora Jurídica y allegaran las pruebas de que efectivamente esa situación que han relatado de manera verbal y que no en estos casos usted muy bien sabe, no se sule a través de una prueba formal como es el Certificado de Existencia y Representación Legal se allegara para que esta oficina Asesora Jurídica tomara una decisión.

Dados los argumentos que usted ha esbozado, que son muy distintos y realmente si son de fondo a diferencia de lo que obra hasta ahora en el expediente y de lo que el concesionario ha allegado porque lo único que nos ha relatado son unos fundamentos que evidentemente sin las pruebas pues para nosotros como Oficina Asesora Jurídica es muy difícil determinar si esa situación de muerte de la Sociedad realmente ha existido primero. Y segundo, pues lo que nos indicó en el último argumento que si fue distinto a los anteriores fue precisamente que necesitaba una defensa técnica, dado lo que usted ha manifestado yo creo que por la seguridad del

proceso que en este momento se ha adelantado son unas situaciones que sí son de fondo, doctor Fabián por lo tanto, vamos a suspender la audiencia, la vamos a reanudar entonces en todo caso el día 18 de mayo para tomar una decisión frente a esta petición que usted ha presentado el día de hoy.

No sé si tiene algún inconveniente con la fecha el 18 de mayo, el concesionario o usted doctor Fabián frente a la fecha del 18 de mayo. (...)

Finalmente, se suspendió la audiencia para continuación el día 18 de mayo de 2021.

Audiencia del 18 de mayo del 2021

En desarrollo de la sesión de audiencia llevada a cabo el día 18 de mayo de 2021, se corrió traslado de la información obtenida relacionada con la circunstancia sobreviviente en el procedimiento administrativo sancionatorio, por el término de tres (3) días.

Asimismo, se requirió al Concesionario información a verificar para conocer la circunstancia sobreviviente en la presente actuación administrativa

Finalmente, se solicitó a la interventoría pronunciamiento acerca de la superación de algunos presuntos incumplimientos.

Se suspendió la audiencia para continuación del trámite de la actuación administrativa.

Actuaciones por fuera de audiencia

El día 20 de mayo de 2021, el apoderado del garante se pronunció a través de comunicación electrónica del 20 de mayo de 2021, frente a los documentos trasladados. No hubo pronunciamiento por parte del Concesionario.

El día 25 de mayo de 2021 el Concesionario allegó los documentos requeridos por este despacho, se corrió traslado de la misma por el término de tres (3) días, no hubo pronunciamiento de las partes.

La interventoría allegó sus manifestaciones el día 27 de mayo de 2021, y de la cual se corrió traslado a las partes.

Respecto a este último pronunciamiento, se manifestaron tanto el apoderado del garante, como el concesionario a través de comunicaciones electrónicas del día 1° de junio de 2021.

Audiencia del 11 de junio del 2021

En desarrollo de la sesión de audiencia, esta Oficina Asesora Jurídica decretó aclaraciones solicitadas por el Concesionario al informe presentado por la interventoría y suspendió la audiencia fijando fecha de reanudación con el fin de cerrar el período probatorio y dar paso a los alegatos finales.

Actuaciones por fuera de audiencia

En virtud de la sesión de audiencia del 11 de junio de 2021, se puso en conocimiento las aclaraciones presentadas por la interventoría a los convocados a esta audiencia, a través de comunicación electrónica de 18 de junio de 2021.

Audiencia del 24 de junio del 2021

En desarrollo de esta sesión de audiencia se cerró el período probatorio y se dio paso a la presentación de alegatos finales por parte del representante de la Sociedad liquidada y del apoderado de la compañía garante, se suspendió la audiencia para la adopción de la decisión.

VI. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

En desarrollo de la presente actuación administrativa, se respetó el derecho al debido proceso que le asiste tanto a NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada, como a su garante Compañía SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., quienes fueron vinculados en legal forma al trámite, en cumplimiento de los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007, 86 de la Ley 1474 de 2011 y demás normas concordantes, así:

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

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

Aunado a lo expuesto, de conformidad con lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1150 de 2007 y el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se procedió a citar por parte de la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica al representante legal de la sociedad NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada, así como a la Compañía Aseguradora SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A., con la finalidad que tanto Contratista como Compañía Aseguradora durante el desarrollo de la audiencia, ejercieran su derecho a la defensa y contradicción, pudieran rendir las explicaciones del caso, aportaran pruebas y controvirtieran las presentadas por la Entidad en relación con los hechos expresados mediante los oficios de

19

citación No. CE- OAJ - 202003002138 del 17 de septiembre de 2020, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202003002143 del 18 de septiembre de 2020 enviada a la compañía garante con ocasión del presunto incumplimiento parcial y multa del contrato de concesión No. 03-0004 de 2014.

En este orden de ideas, la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DEL RÍO GRANDE DE LA MAGDALENA-CORMAGDALENA, una vez iniciado el Procedimiento Administrativo Sancionatorio a la SOCIEDAD PORTUARIA en virtud del Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014, se acogió a lo consagrado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y efectúa el análisis que a continuación se presenta, para lo cual se establecerá el marco jurídico para adoptar la decisión (6.1); los hechos probados y la relación probatoria obrante dentro del expediente (6.2); el caso en concreto (6.3) liquidación de la Sociedad (6.4); y consideraciones finales.

6.1. EL MARCO JURÍDICO

Previo a valorar los aspectos específicos del caso que nos ocupa, esta Oficina Asesora Jurídica atendiendo a la naturaleza del Procedimiento Administrativo Sancionatorio solicitado e iniciado, tratándose de un presunto incumplimiento parcial de las Obligaciones y multa del Contrato de Concesión, estima necesaria traer a colación algunas apreciaciones respecto de: la naturaleza jurídica de la caducidad (6.1.1); y la función de la interventoría (6.1.2).

6.1.1 Multa

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

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

“Así entonces, queda claro que la multa, a diferencia de la cláusula penal con naturaleza resarcitoria o compensatoria, tiene una naturaleza conminatoria o de apremio dirigida a actuar en forma compulsiva sobre el contratista obligado para constreñirlo al cabal cumplimiento de sus deberes contractuales, por tanto, cuando ese carácter se le atribuye, la cláusula penal - multa - conlleva también una función sancionatoria. En cuanto a los efectos y el alcance de las multas, ha de señalarse que debido a que se considera como un medio de apremio, puede, de acuerdo con lo previsto en los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, acumularse tanto al cumplimiento de la obligación principal, como al cobro de indemnización de perjuicios, siempre que” las partes así lo hayan estipulado.¹

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

¹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de 2012. Radicación número: 25000-23-26-000-2005-00021-01(39702).

“Ahora bien, en materia de contratación estatal, la doctrina ha sostenido que el objeto primordial de las multas, como expresión del poder de control y dirección de Estado en la ejecución del negocio "es actuar en forma compulsiva sobre este para constreñido al más exacto cumplimiento de sus obligaciones".²

A su turno, el Consejo de Estado, a propósito de su diferencia con la función resarcitoria -encaminada a reparar las consecuencias de la inejecución- o indemnizatoria que puede entrañar la sanción inmersa en la cláusula penal pecuniaria propiamente, de manera reiterada ha destacado que la multa "se define como aquella sanción pecuniaria de la cual puede hacer uso la administración (...) con el objeto de constreñir o apremiar al contratista al cumplimiento de sus obligaciones, una vez se verifique el acaecimiento de incumplimientos parciales en vigencia del plazo contractual"³.

Semejante ha sido el entendimiento dispensado por esta Subsección frente a la figura de las multas al sostener que "tienen naturaleza conminatoria —sancionatoria y no indemnizatoria"⁴".⁵

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

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

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

Atendiendo a esa misma lógica, en lo que atañe a la cláusula penal como mecanismo indemnizatorio de perjuicios, esta Subsección ha discurrido que la declaratoria de incumplimiento encaminada a hacer efectiva aquella podrá realizarse luego de vencerse el plazo contractual, autorización que, como se anotará en el

² BERCAITZ, Miguel Ángel. Teoría General de los Contratos Administrativos, Segunda edición, Buenos Aires, Edit. Depalma, 1980. Página 415

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, Exp. 28875, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 12 de febrero de 2015. C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Radicación interna 28.278

⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 1 de febrero de 2018. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 25000-23-26-000-2009-00082-01(52549)

acápites siguientes, no debería hacerse extensiva en el evento en que esa declaratoria se produzca con miras a imponer una multa”⁶

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

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

(...)

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

*• Con todo, en ambos casos su naturaleza genérica es de **estirpe sancionatoria**, en tanto se dirige a derivar consecuencias de una conducta antijurídica y censurable de uno de los extremos del contrato, consistente en la desatención de sus compromisos negociales.”⁷*

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

⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 24 de abril de 2020. C.P.: Marta Nubia Velásquez Rico. Radicación número: 630012333000201800132 01 (64.154)

⁷ Tribunal Arbitral de Unión Temporal Segundo Centenario VS INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS – INVÍAS. Laudo Arbitral del 9 de septiembre de 2021.

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

6.1.2 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.

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

De acuerdo con lo expuesto, el interventor adelanta básicamente, una función de verificación y control de la ejecución contractual, pero no le compete introducir modificación alguna en los términos del negocio jurídico sobre el cual recae su función, puesto que esa es materia del resorte exclusivo de las partes del contrato, entidad contratante y contratista. Es por ello que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, establece que *“Ninguna orden del interventor de una obra podrá darse verbalmente”,* que *“Es obligatorio para el interventor entregar por escrito sus órdenes o sugerencias”* y además, que *“ellas deben enmarcarse dentro de los términos del respectivo contrato”*, es decir que el negocio jurídico sobre el cual ejercerá vigilancia, constituye el marco dentro del cual la misma debe llevarse a cabo.

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

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

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

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

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

Concluye la Corte entonces que en el cumplimiento de las labores de interventoría en los contratos estatales el particular contratista se ve atribuido el ejercicio de una función pública y que en este sentido resulta aplicable en su caso la ley disciplinaria.”⁸

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

⁸ Sentencia C-037/03, Corte Constitucional

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

Sobre el particular, el Consejo de Estado sostuvo:

*"El objeto de la interventoría consiste en supervisar, controlar y vigilar las acciones del contratista para hacer cumplir las especificaciones técnicas, las actividades administrativas, legales y presupuestales o financieras establecidas en los contratos o convenios celebrados. Los efectos jurídicos de ejecutar una prestación -trátase de una obra, un bien o un servicio- sin que exista un contrato estatal perfeccionado, o que estándolo sea inejecutable por ausencia de uno de los requisitos para ello, constituye uno de los grandes debates que le ha tocado asumir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, toda vez que no sólo se discute el derecho o no del particular que actúa en ese sentido sino el fundamento contractual, extracontractual o de otro tipo que eventualmente le diera soporte a las reclamaciones en contra de la entidad pública que se beneficia con la prestación."*⁹

6.2. 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 la Compañía Aseguradora, toda vez que fueron convocados al presente procedimiento mediante los oficios de citación No. CE- OAJ - 202003002138 del 17 de septiembre de 2020, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202003002143 del 18 de septiembre de 2020 enviada a la Compañía garante, en los cuales se relacionaron los hechos relevantes y se remitieron las pruebas que soportan el presunto incumplimiento. Así mismo, se permitió a los interesados presentar sus descargos, rendir las explicaciones del caso, aportar y solicitar pruebas y controvertir las presentadas por la entidad.

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

1. El señor AURELIO TOBON ESTRADA, actuando en condición de apoderado de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPCA, calidad que acredita mediante poder otorgado por su Representante Legal ALVARO ALEJANDRO MEJÍA RODAS, mediante comunicación radicada en CORMAGDALENA bajo el No. 2008004013 el veinticinco (25) de septiembre de 2008, presentó una solicitud de concesión portuaria para la ocupación en forma temporal y exclusiva de bienes de uso público localizados en jurisdicción del

⁹ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Bogotá D.C., octubre diecinueve (19) de dos mil once (2011). Radicación número: 25000-23-26-000-1992-07954-01(18082)

Distrito Especial, Industrial y Portuario de Barranquilla, Departamento del Atlántico.

2. Que en cumplimiento del Artículo 12 de la Ley 1 de 1991 y en el Artículo 15 del Decreto 4735 de 2009, CORMAGDALENA aprobó el trámite solicitado mediante la expedición de la Resolución de aprobación No.000144-2013 del veintiséis (26) de abril de 2013, que definió los términos a los que debe sujetarse la sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe S.A.-PIPCA para el otorgamiento de la concesión.
3. Mediante Resolución No. 269 del veintiuno (21) de agosto de 2014 CORMAGDALENA autorizó la cesión de derechos y obligaciones previstos en la Resolución No. 000144-2013 de la Sociedad Parque Industrial y Portuario del Caribe-PIPCA S.A. a la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
4. Mediante Resolución No. 352 del veintinueve (29) de octubre de 2014, CORMAGDALENA otorgó una concesión a Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.
5. CORMAGDALENA y Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., suscribieron Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004-2014 el veintiséis (26) de noviembre de 2014.
6. Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A solicitó la modificación de las condiciones del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004 de 2014, según la descripción del objeto y el alcance que se indicó en la comunicación radicada ante CORMAGDALENA bajo el Nro. 201702005310 del veintiuno (21) de noviembre de 2017.
7. Mediante oficio No. 201903000853 del veintinueve (29) de marzo de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer trimestre del año 2019.
8. Mediante oficio No. 201903001848 del primero (1) de agosto de 2019, la Subdirección de Gestión Comercial solicitó al Concesionario presentar los formatos de inversión F-PGC-01 y 02 correspondientes al primer y segundo trimestre del año 2019.
9. Mediante resolución No. 312 del ocho (8) de octubre de 2019, CORMAGDALENA convocó audiencia pública de modificación contractual del contrato 3-0004-2014, para el día veintiuno (21) de octubre de 2019 a las 2:30 p.m., en las oficinas de CORMAGDALENA.
10. Mediante correo electrónico de fecha dieciocho (18) de octubre de 2019 la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. solicitó aplazamiento de audiencia pública programada para veintiuno (21) octubre de 2019, teniendo en cuenta que el equipo técnico de la Sociedad Portuaria no podía asistir a dicha audiencia.

11. Que llegada la hora y fecha señalada en la Resolución No. 312 de 2019, se instaló la Audiencia pública y se aceptó la solicitud presentada por la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., y se suspendió la audiencia.
12. Que mediante Resolución No. 337 del quince (15) de noviembre de 2019, se fijó fecha y hora para continuar la audiencia pública de modificación para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019 a las 2:30 p.m. en las oficinas de CORMAGDALENA seccional Bogotá D.C.
13. Que el veinticinco (25) de noviembre de 2019, la Representante Legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. radicó en CORMAGDALENA comunicado No. 201902006281 por medio del cual nuevamente solicitó reprogramación de la audiencia pública prevista para el día veintiséis (26) de noviembre de 2019.
14. Que Cormagdalena no accedió a la solicitud de reprogramación de la audiencia presentada por la representante legal de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A., por considerar que operaba el supuesto factico del parágrafo segundo de la Resolución No. 000337 del 15 de noviembre de 2019, motivo por el cual se entiende desistido el trámite y se procedió a archivar.
15. Mediante Resolución No. 000029 del veintisiete (27) de enero de 2020, CORMAGDALENA procedió a archivar la solicitud de modificación contractual presentada por la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.

6.3. EL CASO EN CONCRETO

Así las cosas, y toda vez que el presente Procedimiento Administrativo Sancionatorio se adelantó por el presunto incumplimiento parcial de las obligaciones y multa del Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014, enunciada en el oficio citatorio la cual se resume a continuación así:

1. *No fondeo de los recursos de la fiducia constituida.*
2. *No entrega de información.*
3. *No Actualización de Garantías Contractuales.*
4. *No pago de la Contraprestación.*

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que para imponer multa al Contratista en los términos previstos en el Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014, se hace necesario establecer si en el presente caso es posible declarar el incumplimiento parcial de las obligaciones por parte de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada en su aspecto objetivo y subjetivo, para lo cual se procederá a establecer si el Contratista incumplió las obligaciones relacionadas en antecedencia, por lo que se procederá a analizar los presuntos incumplimientos propuestos.

6.3.1 No fondeo de los recursos de la fiducia constituida:

El Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014 establece en el literal f.) de la cláusula 27, la obligación por parte de la Sociedad Portuaria de depositar en el fideicomiso constituido para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios, así:

27

*“(…) **CLAUSULA 27 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO** Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiriera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:*

(…) f. Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría. (…)”

Ahora, conforme lo debatido dentro del procedimiento administrativo sancionatorio tenemos que en la prueba por informe rendida el 26 de noviembre de 2020 a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial, señaló frente a este punto:

“(…) la Sociedad Portuaria solicitó mediante comunicado 202002005596, suscribir acuerdo de pago con la Corporación, dicha solicitud se realizó bajo los lineamientos indicados en la Resolución 311 de 2019. A lo que esta Subdirección solicitó mediante oficio interno No. 20201002179 del 3 de noviembre de 2020, concepto a la Oficina Asesora Jurídica con el fin de esclarecer si es procedente suscribir un acuerdo de pago bajo los lineamientos de la Resolución 311 de 2019. Sin embargo, a la fecha de elaboración del presente comunicado la sociedad portuaria no ha girado los recursos correspondientes a la fiducia. (…)”

Dentro de las aclaraciones decretadas a la prueba por informe relacionadas con este punto, se indicó:

“(…) Respecto de este punto mediante correo electrónico de fecha 10 de diciembre de 2020, la Oficina Asesora Jurídica remitió concepto de la firma Osorio Moreno & Abogados Asociados en la cual conceptuó así:

Hilvanando las disposiciones citadas con anterioridad, se puede colegir que las sumas de dinero que debe depositar el concesionario para el pago de la interventoría, son acreencias a favor de Cormagdalena surgidas del Contrato de Concesión, pero con una administración y destinación específica, esto es, mediante fideicomisos para el pago de los honorarios y costos de la interventoría, en cuyo exceso, frutos o rendimiento podrá disponer libremente Cormagdalena.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que se trata de obligaciones pactadas dentro de un contrato de concesión que se encuentra vigente, la suscripción de un acuerdo de pago, en los términos indicados en la resolución, supondría automáticamente la modificación de los términos pactados en el contrato, los cuales deberían ser formalizados previamente por escrito, y por ende, antes que acudir a los parámetros establecidos en la resolución, consideramos que se debe proceder a la celebración de un modificadorio contractual, regido por la autonomía contractual y las solemnidades propias de la contratación estatal.

De esa manera, en el modificadorio mencionado, las partes deberían indicar el cambio de la forma de pago a la fiduciaria de esos recursos, planteando en su lugar, las temporalidades en que se procedería al pago adeudado, sea a la Fiduciaria o directamente a Cormagdalena, en los montos en que se pretenden acordar en el acuerdo propuesto.

De igual manera, el acuerdo mencionado elevado a negocio jurídico por la suscripción de las partes, frecuentemente denominado Otro si, que corresponde a la figura técnica del modificadorio de un contrato, puede ajustarse si las partes lo consideran, en lo más posible, a lo contenido en la resolución pluricitada.

Así mismo, no debe perderse de vista que la no realización de los pagos a la fiduciaria en los términos pactados en el contrato de concesión, implicaría presuntamente un incumplimiento contractual, que podría dar lugar a la iniciación de un procedimiento administrativo sancionatorio contractual, con el fin de determinar la existencia o no del incumplimiento mencionado, y de las consecuencias que de él se derivarían, en los términos indicados en el artículo 86 de la ley 1474 de 2011 y en el mismo contrato de concesión.

Es importante destacar que el análisis efectuado se realiza teniendo en cuenta el objeto de la consulta, y deberá la entidad verificar las razones de conveniencia o no de suscribir un acuerdo modificadorio, considerando especialmente, que se encuentra en curso un procedimiento sancionatorio contractual.

En ese sentido, en relación al objeto de consulta, consideramos que el trámite a seguir, especialmente en atención a que el contrato de concesión se encuentra vigente y en ejecución, sería la modificación contractual de los pagos a efectuar por concepto de honorarios de la interventoría, especialmente si se pretende pagar directamente a Cormagdalena, y en las fechas establecidas en la propuesta presentada.

En los anteriores términos absolvemos la consulta formulada, conforme con la documentación remitida por la entidad.(...)"

Aunado a lo anterior tenemos que el apoderado del Concesionario tanto en sus descargos como en las manifestaciones a la prueba por informe, indicó:

"(...) Hecha esta introducción, vuelvo a los cargos en particular entonces en realidad mientras se surtía la modificación del contrato de concesión y se discutía con la Subdirección Comercial de la Corporación la posibilidad de replantear las inversiones que se están haciendo por las razones que yo le he mencionado pues la interventoría no está haciendo ninguna labor sustancial en cuanto a la supervisión de las obras y por lo tanto la interventoría estaría consumiendo un tiempo y unos recursos que no se justificaba consumiera porque después se quedarían corto los fondos para el interventor.

Ahora, eso no quiere decir de ningún manera que no se quiera proveer con los fondos para estos recursos, por el contrario lo que plantea y lo que quiero plantear en los descargos que presento por escrito y que estoy rindiendo verbalmente es un acuerdo de pago para ponernos al día como concesionario en el fondeo de estos recursos, un acuerdo de pago con 10 cuotas para pagar los 373.527 dólares de 10 cuotas que están estructurados este acuerdo de pago de acuerdo con las directrices que establece Cormagdalena al respecto, el primer pago, entonces se haría un primer pago del 30% de esta valor por concepto de 102.058 dólares que serían pagaderos el 30 de noviembre de este año y de ahí en adelante 9 cuotas iguales de 26.147 dólares es el acuerdo de pago que queremos someter a consideración de

Cormagdalena en esta audiencia de descargos con el fin de ponernos al día en esa obligación y llegar a hacer un acuerdo que permite cerrar y archivar este caso.

Ahora bien, en el acuerdo de todas maneras en los descargos hacemos referencia, llamamos la atención sobre la vigencia fiscales de estos recursos y pues queremos llamar la atención para que la corporación lo tenga en cuenta. (...)

Manifestación que reiteró en los pronunciamientos a la prueba por informe así:

“(...) Por lo cual, es necesario que la Subdirección Comercial se pronuncie frente a la solicitud presentada por NOVO PORTO, no solo con el fin de brindar esta facilidad de pago de la que es titular todo deudor, sino con el propósito de poder dar claridad a tal condición contractual descrita en los párrafos anteriores. (...)”

Una vez los apoderados del Concesionario renunciaron a sus poderes, tras poner en conocimiento una serie de actuaciones por parte de sus representados que dio como resultado la liquidación de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S., la interventoría contratada para realizar la vigilancia y seguimiento del Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014, respondió al requerimiento realizado por esta Oficina, a través de comunicación electrónica del 25 de mayo de 2021 a saber:

“(...) Respecto de la obligación de fondear recursos a la fiducia para realizar el pago de la Interventoría, del análisis efectuado en capítulos anteriores, se concluye que, a la fecha, el Concesionario no ha realizado el pago faltante, cuyo monto, de conformidad con la liquidación financiera efectuada, corresponde a USD\$ 373.527. Por consiguiente, dicho incumplimiento no ha sido saneado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta, por parte de la Corporación, la existencia de situaciones (Imposibilidad de ejecución del Contrato y Liquidación del Concesionario) que podrían llegar a afectar la exigibilidad de dicha obligación.(...)”

Frente a lo anterior, el representante de dicha sociedad liquidada manifestó respecto al presunto incumplimiento de este acápite, lo siguiente:

“(...) La prueba por informe objeto de traslado incurre en error. Lo anterior, teniendo en cuenta que fundamenta la situación de incumplimiento bajo el escenario de que ocurrió el hecho que justificaba el pago reclamado: la contratación de una Interventoría.

De conformidad con lo establecido en el Contrato de Concesión, la obligación de fondear recursos a la fiducia tenía una finalidad determinada: el pago de los honorarios de la Interventoría. (Ver Cláusula 36 del Contrato).

No obstante, Cormagdalena no suscribió el Contrato de Interventoría que justificara el desembolso de los recursos. Así, en el presente caso no ocurrió la situación fáctica que generaba la necesidad de utilizar y gastar los recursos de la fiducia.

Por otra parte, teniendo en cuenta los sucesos acaecidos en el desarrollo del Contrato, resulta inane el constreñimiento al cumplimiento de una obligación. En efecto sí, como se expresó, el giro de los recursos tiene por objeto el pago de honorarios de la interventoría al Contrato de Concesión, al estar el Contrato en etapa de terminación y liquidación, no será necesario la contratación de una interventoría.

30

Por lo que, se estaría realizando un pago cuyos fondos tienen una destinación específica, la cual jamás se materializaría, dado que no fue (ni será) necesario el pago de honorarios por concepto de interventoría.

Lo expuesto anteriormente, cambia el alcance de la obligación y lleva a concluir que no habría incumplimiento. De hecho, como se vio, se girarían recursos que no podrían ser utilizados, puesto que, liquidado el Contrato no se haría contratación de interventoría que justifique el gasto del dinero girado a la fiducia. (...)

Respecto de las aclaraciones realizadas al informe presentado, la interventoría a través de oficio CNP-062-RL fechado 17 de junio de 2021 manifestó:

(...) COMPLEMENTE la prueba indicando: ¿Cuáles han sido las contrataciones históricas (por año) de los servicios de Interventoría por parte de CORMAGDALENA en desarrollo del Contrato de Concesión No 03-0004 suscrito con NOVO PORTO?

Desde el 2015 hasta la actualidad se tiene evidencia de las siguientes contrataciones de Interventoría: Año	Interventoría contratada	Periodo contratado	Valor de contrato
2015	No existe evidencia de contratación de interventoría	NA	0
2016	No existe evidencia de contratación de interventoría	NA	0
2017	No existe evidencia de contratación de interventoría	NA	0
2018	Ingeniería de Proyectos S.A.S.	1 de noviembre de 2018 al 31 de diciembre de 2018	\$109.503.800 incluido IVA
2019	Ingeniería de Proyectos S.A.S.	1 de enero de 2019 al 1 de marzo de 2019	
2020	No existe evidencia de contratación de interventoría	NA	0
2021	Ingeproyect Ltda.	15 de febrero de 2021 al 14 de junio de 2021	\$117.000.800 incluido IVA

(...) COMPLEMENTE la prueba indicando: ¿Cuál es la obligación de fondear recursos a la fiducia por etapas del Contrato?

El Contrato de Concesión establece la obligación de fondear recursos a la fiducia para el pago de honorarios de la Interventoría en dos Cláusulas: la Cláusula 36 y el literal f de la Cláusula 27 del Contrato.

De manera textual, dichas Cláusulas disponen lo siguiente:

“CLÁUSULA 27 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiriera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

f. Depositar en el fideicomiso que se constituya para tal fin, los valores necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría.

(...)”

“CLÁUSULA 36 INTERVENTORÍA

El CONCEDENTE contratará una interventoría Administrativa, Técnica, Financiera, Contable y Jurídica para realizar el seguimiento a la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo del CONCESIONARIO. El CONCESIONARIO constituirá un fideicomiso donde depositará los recursos requeridos para el pago de los honorarios de la Interventoría. Las condiciones para la constitución del Fideicomiso se regularán por lo dispuesto en el Anexo 7.

Si por cualquier razón, imputable o no al CONCEDENTE, el contrato de Interventoría no se hubiere suscrito al vencimiento del plazo de SEIS (6) meses contados a partir de la suscripción del Contrato, el CONCEDENTE ejercerá la supervisión especial del Contrato mientras se dispone de un contrato de Interventoría temporal o definitivo. Ni la situación de suspensión, ni la disponibilidad de un Interventor temporal serán causales de reclamación ni de compensación a favor del CONCESIONARIO y, por lo tanto, el CONCEDENTE no estará obligado bajo ninguna circunstancia a efectuar algún reconocimiento por estas causas.

Las funciones y potestades atribuidas contractualmente a la Interventoría no suplantán la supervisión de la ejecución contractual ejercida por el CONCEDENTE”.

El Contrato no establece que dicha obligación esté sujeta a etapas del Contrato. El Contrato señala que deben fondearse los recursos necesarios para el pago de los honorarios de la interventoría. Lo anterior, es reiterado en el Anexo No. 7 del Contrato que dispone que “El CONCESIONARIO deberá transferir al fideicomiso los recursos necesarios para el fondeo de la Interventoría que se realizará al contrato de concesión portuaria por parte de CORMAGDALENA, de conformidad con las necesidades del Proyecto en los tiempos y montos que la entidad determine”.

De igual forma en el mismo pronunciamiento, la interventoría, indicó:

“(...) 3. COMPLEMENTE la prueba indicando: Bajo el escenario de terminación del Contrato de Concesión, ¿Qué destinación se les dará a los recursos fondeados a la fiducia para el pago de honorarios de la Interventoría?

En el Anexo No. 7 del Contrato de Concesión (que hace parte integral del Contrato) se regula lo siguiente:

“Las sumas depositadas en la cuenta se aplicarán exclusivamente a las finalidades descritas en el párrafo anterior, sin perjuicio de que sus excedentes tengan la destinación que a continuación se prevé.

CORMAGDALENA será la beneficiaria final de los excedentes de la cuenta de Interventoría.”

De acuerdo con lo anterior, los excedentes de las sumas depositadas en la cuenta de la fiducia los recibirá CORMAGDALENA como beneficiaria. No obstante, salvo que la entidad pública correspondiente, en este caso CORMAGDALENA, tenga dentro de sus fuentes de ingresos excedentes de recursos destinados por concesionarios para el pago de interventorías, tales “excedentes” de que trata el Anexo No. 7 deben entenderse como aquellos provenientes de la rentabilidad de las sumas depositadas.

La Ley 161 de 1994 establece en su artículo 17 la conformación del patrimonio y las rentas de la Corporación, dentro de las cuales no se encuentran excedentes del fondeo que realicen concesionarios para el pago de interventorías. Al respecto, dicho artículo dispone (...)

Valga la pena mencionar que, tal como lo disponen los artículos 27 y 36 arriba transcritos, el Contrato exige que el Concesionario aporte los recursos “necesarios” (Cláusula 27) y “requeridos” (Cláusula 36) para el pago de los honorarios de la Interventoría. Al limitar tal fondeo a los recursos necesarios, supone que no deberán existir ni faltantes ni sobrantes, puesto que los recursos girados a la fiducia “aplicarán exclusivamente” al pago de Interventoría del contrato.

Una vez agotado el período probatorio, el representante de la Sociedad liquidada en sus alegatos de conclusión, frente a la presente causal del presunto incumplimiento, expresó que contra dicha Sociedad no era posible que recayera ningún tipo de sanción como quiera que realizó los trámites de liquidación de la Sociedad, como consecuencia se canceló su matrícula mercantil y se generó su extinción como persona jurídica, al ser inscrita la cuenta final de liquidación en el Registro Mercantil se extingue la vida jurídica de la sociedad.

Aunado a lo anterior, señaló la improcedencia de la imposición de la multa o cualquier otra sanción, atendiendo a la naturaleza y finalidad de la imposición de una multa, la cual versa en constreñir y conminar al contratista al cumplimiento del contrato, que en sentir del representante de la Sociedad liquidada no es viable dado la imposibilidad de desarrollar el objeto del contrato por encontrarse en una causal de terminación del mismo.

Frente a la misma causal agregó, “*además de los argumentos anteriores después del presunto incumplimiento de fondo de recursos de la fiducia no se presenta, pues dado que es una obligación colegada al cumplimiento de la obligación de Cormagdalena de contratar a una interventoría se concluye que el cumplimiento fue eficiente en el sentido de que se giraron los recursos necesarios para el pago de interventoría.”*

Para esta Oficina Asesora Jurídica, conforme a todo lo expuesto y debatido dentro del presente procedimiento, respecto de la causal de presunto incumplimiento de no fondeo de recursos de la fiducia, es claro que se incumplió la obligación en los términos señalados en el contrato conforme a la Cláusula 36 y el literal f de la Cláusula 27 del Contrato, al margen de la liquidación y cancelación de la matrícula mercantil de la Sociedad, lo cual se entrará a analizar en un acápite diferente.

Lo anterior, conforme a lo previsto en el artículo 1602 del Código Civil, el principio “*pacta sunt servanda*”, determina que el contrato legalmente celebrado es ley para las partes, tal

33

como lo ha sostenido el Consejo de Estado en Sentencia del 30 de enero de 2013, Expediente 24217, con ponencia del Dr. Danilo Rojas Betancourth, a saber:

“Reitera la Sala que es principio general el que los contratos se celebran para ser cumplidos y, como consecuencia de su fuerza obligatoria, el que las partes deban ejecutar las prestaciones que emanan de él en forma íntegra, efectiva y oportuna, de suerte que el incumplimiento de las mismas, por falta de ejecución o ejecución tardía o defectuosa, es sancionada por el orden jurídico a título de responsabilidad subjetiva y por culpa, que sólo admite exoneración, en principio, por causas que justifiquen la conducta no imputables al contratante fallido (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa del cocontratante, según el caso y los términos del contrato). (...) En efecto, el contrato, expresión de la autonomía de la voluntad, se rige por el principio “lex contractus, pacta sunt servanda”, consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, según el cual los contratos válidamente celebrados son ley para las partes y sólo pueden ser invalidados por consentimiento mutuo de quienes los celebran o por causas legales. En concordancia con la norma anterior, el artículo 1603 de la misma obra, prescribe que los contratos deben ser ejecutados de buena fe y, por consiguiente, obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley le pertenecen a ella sin cláusula especial. (...).”

Retomando los descargos, las manifestaciones realizadas a las pruebas por informes y los alegatos presentados por el contratista, no se evidencia elementos de eximente de responsabilidad, independientemente del hecho sobreviniente de la liquidación de la sociedad, lo cual se analizará con posterioridad, adicionalmente conforme a lo expuesto por la Subdirección de Gestión Comercial no era procedente un acuerdo de pago sobre los valores a pagar a la fiducia sino la modificación del contrato para el efecto.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los antecedentes citados frente a la causal de no fondeo de la fiducia los hechos del presunto incumplimiento no fueron superados.

6.3.2 No entrega de información:

Esta obligación, se encuentra pactada en el literal n) de la cláusula 27 del contrato de concesión No. 3-0004-2014, así:

“(...) CLAUSULA 27 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiriera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...)

n. Suministrar al CONCEDENTE, los informes o datos que se requieran para ejercer el seguimiento de la ejecución y cumplimiento de las obligaciones contractuales. (...)

En desarrollo de la presente actuación administrativa, tenemos que finalmente a través de comunicación fechada 25 de mayo de 2021 radicado de interventoría INGEPROYECT LTDA. CNP-056-RL, señaló:

“Respecto a la obligación de suministrar información, la Sociedad Portuaria Novo Porto remitió a la Corporación la información solicitada referente a los formatos de inversión, en las condiciones establecidas por CORMAGDALENA. Por consiguiente, dicho incumplimiento se encuentra superado.”

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los antecedentes citados frente a la causal de no suministro de información los hechos del presunto incumplimiento fueron superados.

6.3.3 No Actualización de Garantías Contractuales:

Dicha obligación se encuentra pactada en la cláusula 22 del contrato de concesión No. 3-0004-2014, que estipula:

“CLAUSULA 22 GARANTIAS El CONCESIONARIO deberá constituir las siguientes garantías en los términos contemplados a continuación:

22.1 GARANTIA DE CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES GENERALES DEL CONTRATO DE CONCESION PORTUARIA: Por medio de la cual el CONCESIONARIO ampara a la Nación, a través del CONCEDENTE, al Instituto Nacional de Vías - INVIAS, a la Superintendencia de Puertos y Transporte y al Distrito y/o Municipio donde opera el puerto, de los perjuicios que se deriven del incumplimiento de las obligaciones surgidas del contrato. Esta garantía además cubrirá el pago de multas y la cláusula penal. El valor asegurado debe corresponder al TRES (3%) por ciento del valor del plan de inversión aprobado, sin que en ningún caso, esta sea inferior a CIEN (100) Salaries Mínimos Legales Mensuales Vigentes. El valor asegurado se establecerá en Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica, liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado-TRM del día de su expedición. La vigencia de la garantía será por el tiempo de vigencia del contrato más seis (6) meses. De conformidad con lo establecido en el Artículo 12 del Decreto 320 de 2013, CONCEDENTE aceptara que la garantía sea otorgada por vigencias de CINCO (5) años y se renovara en cada vencimiento para lo cual el CONCESIONARIO está obligado a aportar para aprobación del CONCEDENTE, antes del vencimiento de cada vigencia, la prórroga de la garantía o la expedición de una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones de la siguiente vigencia. (Decreto 320 de 2013, Art. 7°)

22.2 GARANTIA DE PAGO DE SALARIOS, PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES LABORALES: Por medio de la cual el CONCESIONARIO ampara a la Nación a través del riesgo de que el CONCEDENTE sea declarado solidariamente responsable por el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones laborales insolutas del personal vinculado con ocasión de la concesión. El valor asegurado de esta garantía será del CINCO (5%) por ciento del valor total de la contraprestación. La garantía se otorgará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado-TRM del día de su expedición. La vigencia de la garantía será por el

35

tiempo de vigencia del contrato más tres (3) años más. De conformidad con lo establecido en el Artículo 12 del Decreto 0320 de 2013, el **CONCEDENTE** aceptara que la garantía sea otorgada por vigencia de CINCO (5) años y se renovara en cada vencimiento para lo cual el **CONCESIONARIO** está obligado a aportar para aprobación del **CONCEDENTE**, antes del vencimiento de cada vigencia, la prórroga de la garantía o la expedición de una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones de la siguiente vigencia. (Decreto 0320 de 2013, Art. 8º)
(...)

POLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL: Por medio de la cual el **CONCESIONARIO** ampara a la Nación a través del **CONCEDENTE**, frente al pago de indemnizaciones que llegaren a ser exigibles como consecuencia de los daños causados a terceros. El valor asegurado será del DIEZ (10%) por ciento del valor total del plan de inversión aprobado. El valor asegurado se expresará en dólares de los Estados Unidos de Norteamérica liquidados en moneda colombiana a la tasa representativa del mercado-TRM del día de su expedición. De conformidad con lo establecido en el Artículo 12 del Decreto 0320 de 2013, el **CONCEDENTE** aceptara que la garantía sea otorgada por vigencia CINCO (5) años y se renovara en cada vencimiento para lo cual el **CONCESIONARIO** está obligado a aportar para aprobación del **CONCEDENTE**, antes del vencimiento de cada vigencia, la prórroga de la garantía o la expedición de una nueva garantía que ampare el cumplimiento de las obligaciones de la siguiente vigencia. (Decreto 0320 de 2013, Art. 9º) (...)

A su vez, el literal m) de la cláusula 27 de obligaciones del concesionario del contrato de concesión No. 3-0004-2014, así:

*“CLAUSULA 27 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:
(...) m. Mantener vigentes las garantías que se constituyan durante la ejecución de la concesión y reponer su monto cada vez que se reajuste, disminuya o agote. (...)”*

Frente a este presunto incumplimiento, tenemos que el apoderado del Concesionario en sus descargos manifestó:

“(...) y eso en realidad es más imputable a Cormagdalena que al Concesionario porque nosotros hemos venido en conversaciones desde diciembre del año pasado para actualizar las garantías contractuales pero la compañía de seguro aquí representada en esta audiencia por el Doctor Fabian Moscote, pues lógicamente ha recibido comunicaciones de Cormagdalena de que existe incumplimientos por parte de concesionario que se le va a abrir un proceso administrativo sancionatorio se presentó un aviso de siniestro y por lo tanto, pues la compañía de seguros pues ha tomado y con toda y es entendible desde el punto de vista comercial más que desde el punto de vista jurídico una cautela en el sentido de decir bueno pero entonces yo como hago para renovar las garantías contractuales respecto a un concesionario

36

cuando la entidad concedente me está diciendo precisamente que ha incumplido, no tuvo en cuenta la entidad concedente en ningún momento todas las aproximaciones que se hicieron para tratar de llegar a acuerdos de pago, yo sé que hay concesionario y ustedes también saben que hay concesionario que son bastante reticentes con el cumplimiento de sus obligaciones pero este no es el caso de Novo Porto, Novo Porto es un concesionario que ha mostrado toda la voluntad para regularizar la ejecución del contrato, ejecución que ha tenido dificultades por causas imputables Cormagdalena por haber estructurado un contrato, en la minuta del contrato, los contratos de concesión es una minuta que elabora Cormagdalena y es una minuta con una cláusulas absolutamente patológicas que son las que han originado el retraso en la ejecución de las inversiones, pero este es un concesionario que no se ha escondido, es un concesionario que ha atendido todos los requerimientos, este es un concesionario que ha mostrado completa voluntad para normalizar la ejecución del contrato, este es un concesionario que le ha dicho de manera vehemente y de manera reiterativa a la Corporación necesitamos modificar el contrato precisamente para que no se sigan configurando situaciones que podrían ser consideradas como un eventual incumplimiento porque la cláusula 19 del contrato del plan de inversiones está mal estructurada hay que modificarla, hay que ,modificar las inversiones en el sentido que yo lo dije anteriormente, y por lo tanto, ante un aviso de siniestro de esa naturaleza pues es natural que la compañía de seguros tome una actitud conservadora, una actitud prudente y diga no un momentico yo no le puedo renovar las pólizas hasta no aclara esta situación.(...)"

Una vez abierto el período probatorio, se decretó por parte de este despacho, prueba por informe a cargo de la Subdirección de Gestión Comercial radicado No. 202001002442 fechada 26 de octubre de 2020, frente a este cargo señaló:

"No Actualización de Garantías Contractuales" respecto de este incumplimiento manifestamos a la fecha de elaboración del presente comunicado la sociedad portuaria no ha presentado las garantías contractuales para la revisión y aprobación de la Corporación."

El apoderado del Concesionario no realizó pronunciamiento adicional al respecto.

Frente a este cargo, el apoderado de la compañía garante no realizó pronunciamiento, en sus diferentes escritos reitera que los hechos del presunto incumplimiento no ocurrieron en vigencia del amparo de cumplimiento, el cual manifestó estuvo vigente hasta el 1° de diciembre de 2019.

De acuerdo a lo anterior, tenemos que dentro del expediente administrativo sancionatorio no obra prueba respecto de la actualización de las pólizas, asimismo los argumentos esbozados por el apoderado del Contratista no están llamados a prosperar, como quiera que no tiene asidero que dar el aviso de un presunto incumplimiento a la compañía garante o abrir los procedimientos administrativos sancionatorios constituyan per se un eximente para no exigir la obligación de renovar las pólizas.

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los antecedentes citados frente a la causal de no actualización de garantías los hechos del presunto incumplimiento no fueron superados.

6.3.4 No Pago de la Contraprestación:

El presunto incumplimiento de no pago de la contraprestación, se circunscribe de acuerdo con el informe de supervisión, al no pago de la contraprestación correspondiente a la anualidad 2020, adeudando a la Corporación, la suma de COP\$484.914.113.

La anterior obligación se encuentra pactada en el literal a.) de la cláusula 27 del contrato de concesión N° 03-0004 de 2014, así:

“(...) CLAUSULA 27 OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO Una vez perfeccionado el contrato de concesión portuaria, el CONCESIONARIO, sin perjuicio de las obligaciones que adquiera con otras entidades del Estado en el ámbito de sus competencias, se obliga a dar cumplimiento a las siguientes obligaciones:

(...) Pagar la contraprestación de forma oportuna. (...)”

En atención a lo anterior, y en desarrollo de la presente actuación se decretaron pruebas tendientes a verificar si el mencionado cargo de incumplimiento había sido superado o no, en virtud de lo anterior tenemos certificación expedida por la Secretaría General radicado 202001002310 del 17 de noviembre de 2020, en la cual señaló:

“(...) Los ingresos recibidos de la SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO SA durante la vigencia 2020 asciende a la suma de QUINIENTOS TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS DIECISIETE PESOS (\$513'873.717). Este valor fue recaudado en las siguientes fechas:

- Septiembre 4 de 2020 \$ 130'250.000*
- Septiembre 25 de 2020 \$ 300'000.000*
- Septiembre 30 de 2020 \$ 70'000.000*
- Octubre 13 de 2020 \$ 13'623.717(...)*

De igual forma la Subdirección de Gestión Comercial, en la prueba por informe a cargo de esta, manifestó a través de radicado No. 202001002442 del 26 de noviembre de 2020, lo siguiente:

“No pago de la Contraprestación” en lo que atañe a este punto manifestamos que la Secretaria General de Cormagdalena mediante comunicado interno No. 202001002356 del 19 de noviembre de 2020, expidió estado de cuenta de la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. en la cual se manifiesta que dicha sociedad posee un saldo a favor de \$1,17 Dólares americanos, equivalentes a \$4.490,77.

*En conclusión, de los cuatro incumplimientos endilgados la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria S.A. **solo ha superado un incumplimiento y corresponde al pago de la contraprestación, los otros tres incumplimientos persisten.**”*

Así las cosas, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que con base en los antecedentes citados frente a la causal de no pago de la contraprestación los hechos del presunto incumplimiento fueron superados.

6.4. Liquidación de la Sociedad

En desarrollo de la sesión de audiencia llevada a cabo el día 25 de febrero de 2021, se tenía programada la presentación de los alegatos finales, sin embargo, la apoderada del Contratista solicitó la suspensión de la audiencia, con el fin de iniciar mesas de trabajo con la Subdirección de Gestión Comercial, frente a lo cual la Subdirección manifestó que se darían inicio a partir del 26 de febrero con la nueva interventoría buscando la regularización del contrato de concesión, por esta razón este despacho accedió a la solicitud de suspensión de la audiencia fijando nueva fecha y hora para continuación del procedimiento administrativo sancionatorio.

El día 8 de abril de 2021, los apoderados del Concesionario Doctores José Vicente Guzmán y Angélica Herrera Velásquez, abogado principal y sustituto respectivamente, presentaron su RENUNCIA al poder acompañada con la prueba de comunicación a su poderdante en los términos del artículo 76 del Código General del Proceso.

En el referido memorial de renuncia, los apoderados informan a este despacho los siguientes hechos:

“El motivo que origina la renuncia a los mencionados poderes responde al hecho de que en el día de hoy, 8 de Abril de 2021, fuimos informados de que la matrícula mercantil de la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A. fue cancelada el pasado 25 de marzo de 2021. También fuimos informados por la sociedad portuaria que hemos representado hasta el día de hoy que la asamblea general de accionistas de esta sociedad, en el curso de una reunión ordinaria, había aprobado su disolución y la cuenta final de la liquidación de esta sociedad, y que la misma fue registrada en esa misma fecha ante la Cámara de Comercio de Barranquilla. Así mismo, fuimos informados de que, con anterioridad, el máximo órgano social también había aprobado la transformación de la compañía de Sociedad Anónima (S.A.) a Sociedad por Acciones Simplificada (S.A.S.), decisión que también fue inscrita en el registro mercantil el pasado 17 de marzo de 2021.

(...)

Nuestra firma, y sus abogados, sólo fuimos informados de los hechos que motivan esta renuncia a los poderes hasta el día de hoy, 8 de abril de 2021. En consecuencia, Guzmán Escobar & Asociados (GEA), ni ninguno de sus abogados, intervino ni participó en las decisiones de transformar, disolver ni liquidar a la Sociedad Portuaria NOVO PORTO S.A.”

El día 28 de abril de 2021, el señor **CESAR EUGENIO JARAMILLO GUTIERREZ**, en calidad de Gerente de la **SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO S.A. EN LIQUIDACIÓN**, solicitó el aplazamiento de una sesión de audiencia por los siguientes puntos:

*“El 13 de abril de 2021 radicamos ante **CORMAGDALENA** una comunicación mediante la cual informamos las razones que habían llevado a la disolución y liquidación de la **SOCIEDAD PORTUARIA NOVO PORTO S.A.** (en adelante **NOVO PORTO**).”*

*Producto de dicha situación, solicitamos muy respetuosamente a **CORMAGDALENA**, previo a los análisis correspondientes, iniciar las gestiones tendientes a lograr la terminación del Contrato de Concesión Portuaria, y dar cumplimiento a las actividades y obligaciones que en cabeza de **NOVO PORTO** surgieran de dicha situación.*

En dicha comunicación, expresamos nuestro interés e intención de dar cumplimiento a todas las cargas y/o obligaciones que surgieran de la terminación del Contrato de Concesión Portuaria.

(...)

De igual forma obra dentro del expediente administrativo sancionatorio el certificado de cámara de comercio de la extinta NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. LIQUIDAD en la cual se encuentran las siguientes anotaciones:

*“Que por **Acta número 8 del 10/12/2020**, otorgado(a) en Asamblea de Accionistas en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el **17/03/2021** bajo el número 397.806 del libro IX, **la sociedad se transformo en por acciones simplificada** bajo la denominación de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S.” (negrilla fuera de texto).*

*“Que por Acta número 01/03/2021 del 23/03/2021, otorgado(a) en Asamblea de Accionistas en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 25/03/2021 bajo el número 398.260 del libro respectivo, **consta la liquidación de la sociedad antes mencionada.**” (negrilla fuera de texto).*

“Que su matrícula mercantil fue cancelada el 25 de Marzo de 2021” (negrilla fuera de texto).

Asimismo, obra oficio de fecha 21 de mayo de 2021 suscrito por el señor CESAR EUGENIO JARAMILLO GUTIERREZ en calidad de “gerente” de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada, señalando lo siguiente:

“En relación con el “aviso de prensa relacionado con la liquidación de la Sociedad”, la Ley 1429 de 2010, estableció en su artículo 25 lo siguiente:

Artículo 25. Liquidación privada de sociedades sin pasivos externos. En aquellos casos en que, una vez confeccionado el inventario del patrimonio social conforme a la ley, se ponga de manifiesto que la sociedad carece de pasivo externo, el liquidador de la sociedad convocará de modo inmediato a una reunión de la asamblea general

40

de accionistas o junta de socios, con el propósito de someter a su consideración tanto el mencionado inventario como la cuenta final de la liquidación.

De acuerdo con lo anterior, dicha Ley estableció en su artículo 25, la posibilidad de aprobar de manera inmediata, sin necesidad de aviso, la cuenta final de liquidación, cuando la Sociedad no tenga pasivos externos.

En relación con los “últimos estados financieros de la misma”, adjuntamos los mismos a la presente comunicación como Anexo No. 1.”

De conformidad con los anexos señalados en la anterior comunicación, efectivamente tenemos frente al documento denominado balance general a 31 de diciembre de 2020, lo siguiente:

	<u>2020</u>	<u>2019</u>
PASIVOS		
PROVEEDORES	\$ 0	\$ 7.078.540
NACIONALES	\$ 0	\$ 7.078.540

Respecto de los anteriores documentos se puede evidenciar que desde el mes de febrero de 2021, fecha en la que el Concesionario a través de sus apoderados solicitó aplazamiento de la audiencia para llevar a cabo las mesas de trabajo con la Subdirección de Gestión Comercial junto a la interventoría, el Concesionario se había reunido en asamblea de accionistas el día **10/12/2020** para realizar la transformación societaria de **S.A. a S.A.S.** lo cual quedó plasmado en el acta No. 8 de la misma fecha, actuación registrada en la Cámara de Comercio de Barranquilla el día **17 de marzo de 2021**; posteriormente el día **23 de marzo de 2021** se registró la liquidación de la Sociedad y el día **25 de marzo de 2021** se canceló la matrícula mercantil.

Todo lo anterior fue puesto en conocimiento en el mes de abril de 2021 a la Entidad, de manera sorpresiva, y tal como consta en la presente actuación, asaltando a la Corporación en su buena fe teniendo en cuenta que las manifestaciones realizadas en audiencia relacionadas con la solicitud de suspensión iban encaminadas a la celebración de mesas de trabajo y no a la transformación societaria y posterior liquidación de la sociedad, como finalmente sucedió.

Aunado a lo anterior, la Entidad advierte que dentro de las manifestaciones realizadas por el gerente de la Sociedad liquidada particularmente el oficio del 21 de mayo de 2021, señaló que no se realizó ningún aviso de prensa toda vez que la Sociedad no tenía pasivos externos y amparado en el artículo 25 Ley 1429 de 2010 lo habilitaba para realizar la liquidación de manera inmediata, lo cual ratificó en su balance general a 31 de diciembre de 2020, donde se evidencia pasivos a proveedores y nacionales en \$0, lo cual no se compadece con la realidad como quiera que dentro de este mismo expediente sancionatorio quedó probado que tanto a 31 de diciembre de 2020 como a 23 de marzo de 2021 (fecha en que se inscribió la liquidación) existía por lo menos un pasivo a favor de Cormagdalena por concepto de no fondeo de los recursos de la fiducia constituida y a esa fecha se había hecho exigible la contraprestación de la anualidad del año 2021. Al igual que no se evidencia la constitución del pasivo contingente por concepto de la asunción de compromiso de pago futuro sujeto a unos requisitos como lo es la posible multa derivada del presente procedimiento administrativo sancionatorio, actuación administrativa que fue conocida por

el representante legal de la Sociedad, socios y liquidadores desde el mes de octubre del año 2020.

Así las cosas, obra dentro del expediente acta de asamblea de fecha 23 de marzo de 2021, respecto a la elección del agente liquidar en los siguientes términos:

“9. Elección del liquidador principal y suplente de la sociedad.

*La asamblea de accionistas aprobó por unanimidad, es decir, con el voto unánime de las 10.000 acciones que conforman el capital suscrito de la empresa, que tal como establece el artículo 230 del Código de Comercio **no es necesario nombrar liquidador de la sociedad, sino que los actuales gerentes actúen en tal calidad**”*

Conforme a lo anterior dentro del certificado de Cámara de Comercio, se observa que los últimos gerentes de la referida Sociedad son:

“Que por Acta número 1 del 06/02/2015, correspondiente a la Junta Directiva en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 26/03/2015 bajo el número 281.270 del libro IX.

Cargo/Nombre	Identificación
Gerente	
De la Rosa Romero Melina Julieth	CC 55312793

Que por Acta número 2 del 19/05/2015, correspondiente a la Junta Directiva en Barranquilla, inscrito(a) en esta Cámara de Comercio el 29/05/2015 bajo el número 283.693 del libro IX.

Cargo/Nombre	Identificación
Suplente del Gerente	
Jaramillo Gutierrez Cesar Eugenio	CC 10257318”

Respecto a los anteriores hechos, se trae a colación que la buena fe como un principio general de derecho, y, como tal, aplicable en el derecho administrativo, especialmente en las relaciones suscitadas entre la Administración Pública y los particulares, presupone que es anterior y está por encima de la legislación positiva y que, en razón a ello, permea todo el sistema jurídico, por lo cual es exigible para el presente caso, particularmente en la actuación del Concesionario en actuación administrativa sancionatoria.

Es por esta razón que dicho principio, sea elevado a rango constitucional, y se encuentra en el artículo 83 de la Constitución Política, a saber:

“Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

En el plano de la contratación estatal se exige a los contratistas del Estado, lo cual encontramos reglado en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 80 de 1993, así:

“DE LOS DERECHOS Y DEBERES DE LOS CONTRATISTAS. Para la realización de los fines de que trata el artículo 3o. de esta ley, los contratistas:

(...)

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

Principio que ha sido desarrollado por el Consejo de Estado, a saber:

“Las exigencias éticas que se extraen del principio de la bona fides, coloca a los contratantes en el plano de observar con carácter obligatorio los criterios de lealtad y honestidad, en el propósito de garantizar la óptima ejecución del contrato que, a su vez, se concreta en un conjunto de prestaciones de dar, hacer o no hacer a cargo de las partes y según la naturaleza del contrato, las cuales comprenden, inclusive, aquella de proporcionarle al contratista una compensación económica para asegurarle la integridad del patrimonio en caso de sufrir un daño antijurídico. Con buen criterio, el Consejo de Estado ha venido considerando en su extensa jurisprudencia, acorde con la que ya ha sido citada en esta Sentencia, que el principio de la buena fe debe reinar e imperar durante el periodo de celebración y ejecución del contrato, concentrando toda su atención en la estructura económica del negocio jurídico, con el propósito específico de mantener su equivalencia económica y evitar que puedan resultar afectados los intereses patrimoniales de las partes”.¹⁰

De igual forma en jurisprudencia más reciente, ha señalado:

“Bajo este contexto, es claro que el principio de la buena fe en la relación contractual reviste especial importancia, de una parte como norma de conducta en los distintos momentos del contrato y de otra principalmente, en la preservación de la equivalencia o proporcionalidad entre las prestaciones desde el inicio del contrato y durante su ejecución, como manifestación de equidad, dado que en ellos cada parte se obliga a una prestación a cambio de que la otra se obligue a la propia, regla “do ut des”, (te doy para que me des), es decir, que entre las partes surgen derechos y obligaciones que conforman la equivalencia económica de las prestaciones recíprocas.”¹¹

Como corolario de lo anterior tenemos, que a los Contratistas del Estado se les exige obrar de buena fe, lealtad y sin dilaciones en sus relaciones contractuales con la Administración,

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 22 de abril de 1996. M.P. Jesús María Carrillo.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de agosto de 2007. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

como expresión de protección del interés general y como colaborador de la administración para el cumplimiento de los fines y cometidos estatales.

Frente a la responsabilidad de los liquidadores, de conformidad a la senda normatividad transcrita tenemos pronunciamiento de la Superintendencia de Sociedades en ese sentido así:

“Tal como se mencionó, a la sociedad por acciones simplificada, le son aplicables las reglas de las sociedades limitadas en lo que se refiere al trámite de liquidación, y estas últimas aplican lo referente a la parte general de las sociedades en el Código de Comercio, de tal forma que los liquidadores son responsables por los perjuicios que puedan causar dentro del proceso de liquidación, tanto a los terceros como a los asociados, tal como lo dispone el artículo 255 del Código de Comercio:

“Artículo 255. Responsabilidad del liquidador. Los liquidadores serán responsables ante los asociados y ante terceros de los perjuicios que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.”

En ese sentido, la acción de responsabilidad contra los liquidadores, en trámite de liquidación privada, resulta de conocimiento en función jurisdiccional, por parte de la Superintendencia de Sociedades, conforme a lo previsto en el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010, el cual dispone:

“Artículo 28. Acciones contra socios y liquidadores en la liquidación voluntaria. La Superintendencia de Sociedades, en uso de funciones jurisdiccionales, conocerá de las acciones de responsabilidad contra socios y liquidadores según las normas legales vigentes.

Dichas acciones se adelantarán en única instancia a través del procedimiento verbal sumario regulado en el Código de Procedimiento Civil.”¹²

De los hechos narrados en este acápite y de las normas, pronunciamientos jurisprudenciales y conceptos, se concluye que la Sociedad Novo Porto Sociedad Portuaria a través de sus socios, representantes legales y liquidadores no obró de acuerdo a los postulados de la fe desarrollados acá, sino por el contrario sorprendió a la administración con una serie de actuaciones desconociendo las realidades de la actuación administrativa sancionatoria y de la relación contractual suscitada a través del Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014 suscrito con CORMAGDALENA.

Frente a estos hechos, este despacho llama la atención respecto de la conducta desplegada por el Concesionario y en aras de salvaguardar los intereses de la Corporación y el interés general, se ordena compulsar copiar e iniciar a través de las instancias pertinentes las acciones legales de responsabilidad en contra del agente liquidador de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. particularmente la contemplada en el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010, que señala al respecto:

“Artículo 28. Acciones contra socios y liquidadores en la liquidación voluntaria. La Superintendencia de Sociedades, en uso de funciones jurisdiccionales, conocerá de

¹² OFICIO 220-197081 DEL 2 DE OCTUBRE DE 2020

las acciones de responsabilidad contra socios y liquidadores según las normas legales vigentes.”

Lo anterior conforme a lo señalado en el artículo 255 del Código de Comercio:

*“Art. 255.-Los liquidadores serán responsables ante los asociados **y ante terceros de los perjuicios** que se les cause por violación o negligencia en el cumplimiento de sus deberes.”*

A su vez el artículo 234 de la misma disposición, regló:

*“Art. 234.-El inventario incluirá, además de la relación pormenorizada de los distintos activos sociales, la de todas las obligaciones de la sociedad, con especificación de la prelación u orden legal de su pago, inclusive de las que sólo puedan afectar eventualmente **su patrimonio**, como las condicionales, las litigiosas, las fianzas, los avales, etc.”*

Del mismo modo, la misma norma dispuso en su artículo 245:

*“Art. 245.-Cuando haya obligaciones condicionales se hará **una reserva** adecuada en poder de los liquidadores para atender dichas obligaciones si llegaren a hacerse exigibles, la que se distribuirá entre los asociados en caso contrario. La misma regla se aplicará en caso de obligaciones litigiosas, mientras termina el juicio respectivo.”*

De otra parte, el artículo 22 de la Ley 222 de 1995, señaló:

*“Artículo 22. ADMINISTRADORES. Son administradores, el representante legal, **el liquidador**, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detenten esas funciones.”*

Asimismo, la misma norma dispuso la responsabilidad de los administradores en su artículo 24, así:

“Artículo 24. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES. El artículo 200 del Código de Comercio quedará así:

*ARTICULO 200. **Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.***

No estarán sujetos a dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador. (...)”

Por su parte, la Ley 1258 de 2008, por medio de la cual se crea la sociedad por acciones simplificada, señala respecto de la responsabilidad de los accionistas y administradores en su artículo 42, lo siguiente:

“DESESTIMACIÓN DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. Cuando se utilice la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieren realizado, **participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados.**

La declaratoria de nulidad de los actos defraudatorios se adelantará ante la Superintendencia de Sociedades, mediante el procedimiento verbal sumario.

La acción indemnizatoria a que haya lugar por los posibles perjuicios que se deriven de los actos defraudatorios será de competencia, a prevención, de la Superintendencia de Sociedades o de los jueces civiles del circuito especializados, y a falta de estos, por los civiles del circuito del domicilio del demandante, mediante el trámite del proceso verbal sumario.” (Negrilla fuera de texto)

Dicha institución jurídica, ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional de la siguiente manera:

“Cuando se vulnera el principio de buena fe contractual y se utiliza a la sociedad de riesgo limitado no con el propósito de lograr un fin constitucional válido, sino con la intención de defraudar los intereses de terceros, entre ellos, los derechos de los trabajadores, es que el ordenamiento jurídico puede llegar a hacer responsables a los asociados, con fundamento en una causa legal distinta de las relaciones que surgen del contrato social. Es entonces en la actuación maliciosa, desleal o deshonesta de los accionistas generadora de un daño para con los terceros, en donde se encuentra la fuente para desconocer la limitación de la responsabilidad y exigir de los socios la reparación del daño acontecido. Estas herramientas legales se conocen en la doctrina como la teoría del levantamiento del velo corporativo o “disregard of the legal entity” o “piercing the corporate veil” cuya finalidad es desconocer la limitación de la responsabilidad de los asociados al monto de sus aportaciones, en circunstancias excepcionales ligadas a la utilización defraudatoria del beneficio de la separación.

(...)

En nuestro ordenamiento jurídico se consagran algunos instrumentos que cumplen la misma función de la teoría del levantamiento del velo corporativo, prevista expresamente en otros ordenamientos, al respecto, se pueden destacar: (i) El deber constitucional y legal de no hacer daño a otro (neminem laedere), de acuerdo con los artículos 58 y 83 de la Constitución y con el artículo 2341 del Código Civil; (ii) la responsabilidad por el abuso del derecho según el artículo 830 del Código de Comercio; (iii) la responsabilidad subsidiaria en casos de concordato o liquidación de sociedades subordinadas, conforme al parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995; y (iv) la responsabilidad por actos defraudatorios prevista en el artículo 207 de la misma ley.

La jurisprudencia nacional igualmente ha tenido la ocasión de aplicar los principios de la teoría del levantamiento del velo corporativo. Así, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha hecho referencia a la modalidad anglosajona del “deputization”, es decir, descorrer la separación cuando se pretende utilizar la sociedad como medio para adelantar actividades prohibidas a una persona natural. El análisis acerca de su ocurrencia, tuvo lugar al interior de la máxima autoridad de lo

Contencioso Administrativo, cuando se ha usado a las sociedades de personas para desconocer el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para las personas naturales en materia de contratación estatal.”¹³ (Negrilla fuera de texto)

De igual forma la Superintendencia de Sociedades ha señalado al respecto:

“La excepción a la limitación de la responsabilidad de los socios de este tipo societario la constituye la incursión de la sociedad en actos defraudatorios, los cuales permiten el levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica por vía judicial, es decir, la separación que existe entre el ente societario y quienes lo conforman, para derivar responsabilidad directa a estos últimos y/o a los administradores por los actos de aquella.

En otras palabras “el levantamiento del velo corporativo no es otra cosa que el desconocimiento de la limitación de la responsabilidad que tienen los socios o accionistas frente a la sociedad y terceros, al hacerlos responsables directos frente a las obligaciones de la persona jurídica. Con tal figura, se suprime el principal efecto de la personificación jurídica en la sociedad anónima y de responsabilidad limitada, esto es, la limitación de los asociados en su responsabilidad hasta el valor de sus aportes, y se los hace responsables ilimitadamente, tal como sucede en las sociedades colectivas, en comandita simple y en las sociedades por acciones simplificadas SAS

(...)

La desestimación de la personalidad jurídica ha sido reconocida explícitamente en el ordenamiento societario colombiano. Entre nosotros, el fundamento para la aplicación de esta figura también puede encontrarse en la necesidad de evitar el abuso de la sociedad de capital con limitación de responsabilidad¹⁴. Así, pues, diversas leyes promulgadas en el país establecen causales de extensión de responsabilidad en hipótesis claramente definidas. La principal norma en esta materia puede encontrarse en el artículo 42 de la Ley 1258 de 2008, a cuyo tenor ‘cuando se utilice a la sociedad por acciones simplificada en fraude a la ley o en perjuicio de terceros, los accionistas y los administradores que hubieran realizado, participado o facilitado los actos defraudatorios, responderán solidariamente por las obligaciones nacidas de tales actos y por los perjuicios causados’. Se trata, en opinión de Reyes Villamizar, de un mecanismo que debe aplicarse cuando ‘la sociedad es utilizada como instrumento formal para incurrir en fraudes o abusos’.”¹⁵ (Negrilla fuera de texto)

¹³ Corte Constitucional. C-865-2004 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁴ Cfr. a FH Reyes Villamizar (2006) 222. El citado autor presenta una descripción detallada acerca de los orígenes de la desestimación de la personalidad jurídica, así como de su aplicación en el contexto colombiano (Id. 262-273). ¹⁶ FH Reyes Villamizar (2010) 25. Otro ejemplo puede encontrarse en el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006, a cuyo tenor, ‘cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella’. Para consultar las múltiples disposiciones legales que establecen causales de extensión de responsabilidad, vid. FH Reyes Villamizar (2006) 267-273.

¹⁵ OFICIO 220-037724 DEL 02 DE MAYO DE 2019

Visto lo anterior y conforme a las normas reseñadas se ordena compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, en caso que exista una presunta comisión de un delito, y se ordenará oficiar a la Superintendencia de Sociedades para lo de su competencia, en los términos señalados en el artículo 28 de la Ley 1429 de 2010.

6.4.1 Personalidad Jurídica de sociedad liquidada

Si bien es cierto que la regla de la personalidad jurídica indica que esta, se mantiene hasta tanto se inscriba la cuenta final de liquidación, debe tenerse en cuenta que la cancelación definitiva de la matrícula mercantil sólo procede cuando previamente se haya inscrito la cuenta final de liquidación, momento a partir del cual la sociedad pierde la calidad de comerciante y como consecuencia de la liquidación, desaparece como persona jurídica para el desarrollo de su objeto y **conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación.**¹⁶

En este orden de ideas para el caso en concreto tenemos que ocurrió la inscripción de la cuenta final de la liquidación y como consecuencia se canceló la matrícula mercantil el día 25 de marzo de 2021.

Frente a este supuesto fáctico tenemos que, tanto la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado y la Superintendencia de Sociedades se han pronunciado en casos muy similares, donde la premisa principal es, que la capacidad jurídica de las sociedades liquidadas se mantiene limitada a "únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación" conforme a lo normado en el artículo 222 del Código de Comercio.

Al respecto tenemos que, la Corte Suprema de Justicia indicó:

“(...) Aunque lo anotado bastaría para declarar infundada la causal examinada, no sobra agregar que la disolución y liquidación por la que atravesaba la nombrada sociedad al pronunciarse el fallo impugnado, no tenía la trascendencia que quiere asignársele en la definición de la litis, puesto que la sociedad no dejó de existir por el hecho de haberse disuelto y encontrarse en estado de liquidación al emitirse la decisión cuya revisión se pide.

*Por supuesto que aunque la configuración de la causal que determina de disolución del ente social, representa el fin del negocio o actividad económica que constituye su objeto, pues a partir de ese momento le está vedado emprender toda operación tendiente a desarrollarlo, **por esa circunstancia no se agota su existencia.** Como lo declara el artículo 222 del estatuto mercantil, disuelta la sociedad debe procederse de inmediato a su liquidación y “conservará su capacidad únicamente para los actos necesarios a su inmediata liquidación”. Es decir, aunque con una capacidad jurídica restringida, la sociedad conserva ese atributo para los fines de la liquidación, y si lo mantiene es porque su existencia se prolonga más allá de la disolución y hasta que se verifique la liquidación, es decir hasta que se finiquiten los*

¹⁶Código de Comercio: “**ARTÍCULO 222. <EFECTOS POSTERIORES A LA LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD>.** Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto. El nombre de la sociedad disuelta deberá adicionarse siempre con la expresión “en liquidación”. Los encargados de realizarla responderán de los daños y perjuicios que se deriven por dicha omisión.”

negocios y operaciones que estaban en curso al disolverse, se produzca la realización de sus activos, la solución de los créditos a su cargo, el reparto del sobrante entre los socios y la inscripción en el registro mercantil de la cuenta final de liquidación, momento que, según la tesis tradicionalmente aceptada, determina la finalización de su existencia, tanto frente a los socios como respecto de terceros, salvo aquellos casos donde, ante la ocurrencia de hechos relevantes respecto de sociedades extinguidas, y para proteger los intereses de los asociados o de terceros, la jurisprudencia y la doctrina contemporáneas han admitido la prolongación de la personalidad societaria con posterioridad a la respectiva anotación.

Pero mientras esa meta se consigue y así sea con el exclusivo fin de alcanzarla, la sociedad sigue actuando, por conducto del liquidador, quien asume su representación legal y el encargo de liquidar el patrimonio social—art. 228 ejusdem, objetivo para el cual siguen operando sus órganos sociales—art. 223 ib.-, fase en la que asimismo se conserva la independencia entre la persona jurídica y sus miembros, lo mismo que la de sus patrimonios, circunstancias que afianzan la tesis de la supervivencia de la personería jurídica de la sociedad tras el advenimiento de la disolución.” (Negrilla fuera de texto).¹⁷

La anterior jurisprudencia fue traída a colación y reiterada, en Sentencia más reciente de la Corte Suprema de Justicia que dentro de su obiter dictum, reafirmó:

“Es más, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, aún después de haberse publicado en el registro mercantil el último acto del proceso liquidatorio, es posible que se prolongue la existencia de la personalidad societaria para resguardar los derechos de los asociados o de terceros.”¹⁸

De igual forma, el Consejo de Estado señaló:

“La capacidad jurídica de las sociedades que han entrado en proceso de disolución y consecuente liquidación, no se pierde por esta circunstancia, como parece entenderlo la apoderada de la Nación; ella se conserva con la limitación consagrada en el artículo 222 del Código de Comercio, “únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación”, previsión legal que no excluye que la misma dentro de esa etapa pueda ser sujeto activo o pasivo de procesos ante las autoridades administrativas o judiciales, que se prolonguen aún después de efectuada la liquidación del patrimonio social, como aconteció en el caso Sub lite, evento en el cual. y, como acertadamente lo puntualiza el salvamento de voto, la capacidad jurídica subsiste, y “la sociedad disuelta y por ende liquidada, conserva personería y capacidad, jurídica para comparecer en juicio ya sea como parte actora o demandada para los efectos aludidos”, es decir, en defensa del patrimonio social, frente a obligaciones litigiosas pendientes de solución.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente No. 11001-02-03-000-2005-00872-00. Sentencia del 7 de noviembre de 2007. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Rad. No. 66682-31-03-001-2004-00103-01. Sentencia del 5 de agosto de 2013. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Entonces, si bien es cierto que el 2 de abril de 1987, según certificación de la Cámara de Comercio visible al folio 12 del cuaderno principal, se inscribió el Acta número 43 del 19 de septiembre de 1986 que aprobó la cuenta final de liquidación de la sociedad, de ello no puede colegirse, la falta de capacidad jurídica de la sociedad actora para iniciar la acción contenciosa, contra la operación administrativa que le determinó los impuestos correspondientes al año gravable de 1984, cuando se encontraba en proceso de liquidación, obligación tributaria corresponde a un año gravable anterior a la fecha de liquidación del patrimonio social, es decir, que en la fecha de liquidación de la sociedad se encontraba pendiente la determinación de dicha obligación, y desde luego, el consecuente proceso de discusión en la vía gubernativa y también ante la jurisdiccional en los que la sociedad tenía plena capacidad para actuar en defensa de su patrimonio, pues para esos efectos el liquidador está obligado a constituir una reserva para atender esa eventualidad tales obligaciones (art. 245 del Código de Comercio).” (Negrilla fuera de texto)¹⁹

Del mismo modo la Superintendencia de Sociedades en pronunciamiento reciente, manifestó:

“De conformidad con el inciso segundo del artículo 68 del Código General del Proceso —Si en el curso del proceso sobreviene la extinción, fusión o escisión de alguna persona jurídica que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurren”.

(...)

*A pesar de lo anterior, si en gracia de discusión se admitiera que dicha compañía está liquidada, dicha circunstancia no le impediría a Frigorífico San Martín de Porres Ltda. acudir como parte demandante o demandada, **cuando deban protegerse los derechos de sus asociados o de terceros.**” (Negrilla fuera de texto)²⁰*

Como corolario de lo anterior, se evidencia que se encuentran dos temas a ventilar, por un lado, el hecho que, para el caso en concreto, la personalidad jurídica de la Sociedad Novo Porto liquidada no se ha extinguido, como quiera que estamos frente a un hecho relevante para proteger los intereses de un tercero como lo es CORMAGDALENA, que, por ser una Entidad Estatal, se trata de la protección del interés general, supuesto fáctico y jurídico que la jurisprudencia ha admitido para la prolongación de la personalidad societaria con posterioridad a la anotación de la cuenta final de la liquidación.

Por otro lado, nos encontramos frente a la sucesión procesal señalada en el artículo 68 del Código General del Proceso, por lo cual quien funge como liquidador de la Sociedad referida es el responsable ante terceros como es nuestro caso, conforme a lo normado en el artículo

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Rad.3760. Sentencia del 19 de febrero de 1993. M.P. CARMELO MARTINEZ CONN.

²⁰ Superintendencia de Sociedades. Auto del 23 de enero de 2020 No. Proceso 2019-800-00199.

255 del Código de Comercio, esto solo procede cuando se debe proteger el interés o derechos de sus asociados o terceros.

Frente a lo anterior, nos encontramos con la viabilidad de la sucesión procesal a quienes fungen como liquidadores, es decir a los señores De la Rosa Romero Melina Julieth y Jaramillo Gutierrez Cesar Eugenio, este último posterior a la liquidación de la Sociedad referida, ha comparecido a la presente actuación administrativa. De igual forma, se trata de proteger el interés general y los derechos de CORMAGDALENA, que como quedó probado y enunciado la Corporación fue asaltada en su buena fe, con las conductas sorpresivas, fraudulentas e irregulares de los liquidadores y socios de Novo Porto Sociedad Portuaria S.A.S.

Respecto a la viabilidad de continuar con los procedimientos administrativos sancionatorios, una vez liquidadas las sociedades, tenemos conceptos emitidos por la Superintendencia de Sociedades, a saber:

“1.- Sobre la primera pregunta, relacionada con las medidas que debe adoptar el liquidador cuando una sociedad por acciones simplificada contra la cual se adelanta un proceso administrativo sancionatorio se disuelve y entra en proceso de liquidación, se anota que lo procedente es que el liquidador designado por el máximo órgano social incluya la eventual multa en el inventario de activos y pasivos como una obligación contingente y haga la provisión de recursos para el pago.

Si el proceso administrativo sancionatorio termina con imposición de multa antes del registro de la cuenta final de liquidación ante la Cámara de Comercio, el liquidador debe pagarla teniendo en cuenta su orden de prelación como crédito de primera clase²¹, pero si la sociedad es exonerada de responsabilidad, el liquidador debe incluir esta novedad en el inventario de activos y pasivos, y reversar la provisión realizada.

Si el proceso administrativo sancionatorio no ha culminado, el liquidador está obligado a consignar los dineros provisionados para el pago de la eventual sanción en un establecimiento bancario.

(...)

4.- En la cuarta pregunta, sobre las implicaciones jurídicas para los socios si se pone fin a la liquidación sin haber terminado el proceso administrativo sancionatorio, se observa que si finalmente se impuso la multa y la misma fue considerada en el inventario de activos y pasivos, con la provisión respectiva, no hay dificultad alguna porque entonces lo procedente es el cobro de la obligación.

Sin embargo, si la sanción fue considerada en el inventario de activos y pasivos, pero los recursos disponibles no alcanzan para su satisfacción, la

²¹ Oficio 220-216148 del 5 de octubre de 2017

obligación queda insoluta hasta cuando aparezcan nuevos bienes que den lugar a una adjudicación adicional u opere la prescripción, pues no es posible llamar a los socios de la sociedad por acciones simplificada a responder por tal obligación, salvo que: (i) no se haya entregado la totalidad del capital suscrito, caso en el cual el liquidador debe adelantar las acciones legales para obtener el pago del aporte, o (ii) medien actos defraudatorios o conductas contrarias a derecho, los cuales facultan a los acreedores para demandar el levantamiento del velo corporativo o desestimación de la personalidad jurídica.^{22,23} (Negrilla fuera de texto)

Conforme a todo lo señalado con anterioridad para el presente procedimiento administrativo sancionatorio se ha prolongado la personalidad societaria de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A., con las limitaciones, en los términos y por las razones antes referidas.

6.4.2. Otros argumentos presentados por el representante de la Sociedad y el apoderado de la Compañía Garante.

Aunado a todo lo anterior, tenemos que el señor Cesar Eugenio Jaramillo Gutiérrez en calidad de liquidador de la Sociedad, en las sesiones de audiencia que asistió, manifestó sobre la extinción de la personalidad de la Sociedad liquidada, y en sus alegatos de conclusión, expresó que contra dicha Sociedad no era posible que recayera ningún tipo de sanción como quiera que realizó los trámites de liquidación de la Sociedad, como consecuencia se canceló su matrícula mercantil y se generó su extinción como persona jurídica, al ser inscrita la cuenta final de liquidación en el Registro Mercantil se extingue la vida jurídica de la sociedad.

Frente a este argumento se reitera lo señalado en el numeral 6.4.1. *Personalidad Jurídica de sociedad liquidada* del presente acto administrativo, razón por la cual no tiene vocación de prosperar este argumento.

Asimismo, el apoderado de la Compañía Garante, manifestó en varias sesiones de audiencia y escritos, argumentos frente a la extinción de la personalidad jurídica así:

“De otra parte, tenemos que NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A, [quien es el tomador conforme a la caratula de la póliza], se transformó en “... por acciones simplificada bajo la denominación de NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. Estamos frente a una persona jurídica diferente [NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S.] que no es parte en el contrato de seguros; por lo cual, en el evento de que se pretenda extraer responsabilidad de la misma, está no será objeto de cobertura. Lo anterior, sumado a la terminación del contrato de seguros por expiración del plazo, y de la extinción del tomador por disolución, impiden que se pueda afectar la garantía por la circunstancia sobreviniente discutida.

4º.- Como lo indicamos en audiencia realizada el día 29 de abril de 2021, estamos frente a un hecho sobreviniente de disolución y liquidación de la sociedad

²² Oficio 220-155836 del 19 de noviembre de 2015

²³ Oficio 220-060398 del 05 de junio de 2019

contratista, por lo que consideramos se debe dar aplicación a lo dispuesto en el artículo 82 del Código Penal, que regula la muerte «en tratándose de personas naturales» como causal de extinción de la responsabilidad, norma, que resulta aplicable en materia administrativa, en ausencia de regulación expresa en esta especialidad. La muerte de la persona natural, equivale a la disolución de la persona jurídica, siendo este un hecho sobreviniente, que impide adoptar una decisión sancionatoria.

Estamos frente a una causal de terminación anormal y anticipada de la actuación administrativa, y a una causal de extinción de responsabilidad, que hace insubsistente la actuación, por lo cual, solicitamos, la cesación del procedimiento conforme a lo dispuesto en el literal d) del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.”

Tenemos, tres argumentos, el primero que con la transformación societaria nace una nueva persona jurídica diferente, por lo cual no es objeto de cobertura de la póliza; segundo expiración del plazo del contrato de seguro, y tercero, disolución y liquidación de la sociedad contratista, como causal de extinción de la responsabilidad en aplicación del artículo 82 del Código Penal.

Frente al primer argumento, señalaremos que la transformación de sociedades es la capacidad que tiene una compañía de cambiar su tipo societario por otro completamente distinto, pero sin la necesidad de cambiar su personalidad jurídica, pero por ello, no requiere que esta tenga que adoptar un nuevo nombre, domicilio, así como la nacionalidad, capacidad o patrimonio, ni cambió de su número de identificación tributario, por lo cual no pierde su personalidad, y su responsabilidad respecto de terceros, en armonía con lo señalado en el artículo 169 del Código de Comercio, que señala:

“Si en virtud de la transformación se modifica la responsabilidad de los socios frente a terceros, dicha modificación no afectará las obligaciones contraídas por la sociedad con anterioridad a la inscripción del acuerdo de transformación en el registro mercantil.”

Aunado a lo anterior uno de los efectos de la transformación de sociedades es que no hay solución de continuidad conforme a lo normado en el artículo 167 del Código de Comercio que al respecto señala:

*“Una sociedad podrá, antes de su disolución, adoptar cualquiera otra de las formas de la sociedad comercial reguladas en este Código, mediante una reforma del contrato social.
La transformación no producirá solución de continuidad en la existencia de la sociedad como persona jurídica, ni en sus actividades ni en su patrimonio.”*

Conforme a ello, no nace una nueva sociedad, sino que se modifica su responsabilidad y no afecta las obligaciones contraídas con anterioridad a la transformación, por lo cual no es llamado a prosperar el argumento planteado por el apoderado de la Compañía Garante.

Respecto del segundo argumento, referente a la expiración del plazo del contrato de seguro, tenemos que el incumplimiento por “no fondeo de los recursos de la fiducia constituida” se

hizo exigible antes del plazo de vencimiento de la póliza, es decir del 01 diciembre de 2019, conforme a lo acordado en el literal f.) de la cláusula 27 y cláusula 36 del contrato de concesión N° 03-0004 de 2014.

Por lo cual no se evidencia que exista una justificación para no siniestrar el amparo de cumplimiento, dado que los hechos que generan el siniestro ocurrieron en vigencia del amparo del cumplimiento esto es del 25 de noviembre del 2014 al 01 de diciembre de 2019, adicionalmente no ha ocurrido el fenómeno de la prescripción del contrato de seguro que de acuerdo a lo desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado ha manifestado:

“Los dos años de la prescripción ordinaria corren para todas las personas capaces, a partir del momento en que conocen real o presuntamente del hecho que da base a la acción, por lo cual dicho término se suspende en relación con los incapaces (C. C., art. 2541), y no corre contra quien no ha conocido ni podido o debido conocer aquel hecho; (sic) mientras que los cinco años de la prescripción extraordinaria corren sin solución de continuidad, desde el momento en que nace el respectivo derecho, contra las personas capaces e incapaces, con total prescindencia del conocimiento de ese hecho, como a espacio se refirió, y siempre que, al menos teóricamente, no se haya consumado antes la prescripción ordinaria

„La prescripción extraordinaria será de cinco años contados desde el momento en que ocurrió el siniestro, término que correrá contra toda clase de personas; (sic) mientras que la prescripción ordinaria será de dos años contados desde que el interesado tuvo conocimiento del hecho que da lugar a la acción.”²⁴ ²⁵²⁶

Finalmente, el tercer argumento versa sobre la disolución y liquidación de la sociedad contratista, como causal de extinción de la responsabilidad en aplicación del artículo 82 del Código Penal.

Frente a este último argumento, tanto la jurisprudencia como la doctrina especializada, han manifestado que el derecho penal y el derecho administrativo sancionador comparten no sólo la existencia de principios comunes, empleando matizaciones para su adecuación en cada rama y para cada caso en concreto, conforme lo ha señalado el alto Tribunal de lo Contencioso Administrativo, así:

“El derecho administrativo sancionador, en términos de la doctrina y la jurisprudencia constitucional, supone una ruptura del principio clásico de la tridivisión de poderes, en la medida en que la represión de los ilícitos ya no corresponde de manera

²⁴ “Sala de Casación Civil, Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 29 de junio de 2007, Exp. 1998-04690-01, M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo”.

²⁵ Auto del 1 de agosto de 2016, de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado, radicación 13001233300020120022101 (49026)

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 14 de junio de 2019. Rad. 76001-23-31-000-2001 00193-02(39363). MP. Carlos Alberto Zambrano Barrera

exclusiva al poder judicial, y más concretamente a la justicia penal²⁷. En efecto, el modelo absoluto de separación de funciones del poder público²⁸, se reveló como insuficiente ante el incremento de deberes y obligaciones de los particulares, como de funciones públicas de los servidores del Estado, que ante su incumplimiento merecían la imposición de una sanción. Sin embargo, no todas las infracciones eran susceptibles del mismo tratamiento, pues en atención a los intereses que se pretendían proteger con cada una las disciplinas del derecho punitivo del Estado, se distinguieron aquellas que serían objeto de sanción directa por la Administración, y aquellas otras que se reservarían para la justicia penal (...)²⁹

Estas categorías dogmáticas, respaldadas en el derecho penal por la positivización de su regulación, permanecen a primera vista ajenas en cuanto a las infracciones administrativas, debido bien a la falta de positivización, o bien a la ausencia de una regulación unificada que compendie plenamente el derecho administrativo sancionador colombiano o el derecho punitivo nacional; no obstante, la jurisprudencia y la doctrina han reconocido la existencia de dichos principios, y conciben el ilícito administrativo también como una conducta típica, antijurídica y culpable.

Es por ello que, en el momento en que se controvierta una situación de derecho administrativo sancionador, deberá analizarse inicialmente la forma en que se estructura la infracción y cómo se sistematizan los elementos que la erigen para determinar la consolidación de una conducta como infracción y, como contracara de la misma situación, verificar que no se presente una causal eximente responsabilidad administrativa, por lo que el empleo del procedimiento analógico respalda, particularmente en sistemas jurídicos de derecho positivo, el recurso a instituciones garantistas del debido proceso y del ejercicio legítimo de la libertad individual, aun ante la ausencia de consagración explícita.

La matización del derecho penal en el derecho administrativo sancionador, ha tenido pronunciamientos por parte del Consejo de Estado, así:

En cuanto a la aplicación con —maticesll de los principios del derecho penal al derecho administrativo sancionador y su grado de —intensidadll, que dan lugar a la flexibilidad en este último campo, la Corte reitera lo dicho en la sentencia C -827 de 2001, así:

“El derecho administrativo sancionatorio, a pesar de estar sujeto a las garantías propias de debido proceso, tiene matices en su aplicación y mal podría ser asimilado, sin mayores miramientos, al esquema del derecho penal. Como fue mencionado anteriormente, las exigencias propias del

²⁷ Véase, entre otras, las sentencias C-214 de 1994, C-597 de 1996, C-181 de 2002, C-506 de 2002 y C-125 de 2003. En la doctrina se pueden consultar: MERKL. Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Editora Nacional. NIETO. Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Tecnos. DE PALMA DEL TESO ÁNGELES. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Tecnos. OSSA ARBELAEZ. Jaime. Derecho Administrativo Sancionador. Legis Editores S.A.”

²⁸ “Sobre los distintos modelos de separación de las funciones del poder público, se puede consultar la sentencia T-983A de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil”

²⁹ Corte Constitucional. Sentencia C- 818 de 2005.

*derecho penal no pueden aplicarse con la misma intensidad a este tipo de derecho sancionatorio. Además, incluso en el Derecho Penal ha sido aceptada, dentro de ciertos límites, la existencia de tipos penales en blanco y el uso de conceptos jurídicos indeterminados, pues la determinación de conductas sólo es exigible hasta donde lo permite la naturaleza de las cosas. Ello implica que cuando la variada forma de conductas que presenta la realidad hace imposible la descripción detallada de comportamientos, no existe violación a este principio cuando el legislador señala únicamente los elementos básicos para delimitar la prohibición. De otro lado, el uso de esos conceptos indeterminados en el derecho administrativo sancionador es más admisible que en materia penal pues en este campo suelen existir más controles para evitar la arbitrariedad –como las acciones contencioso administrativas- y las sanciones son menos invasivas de los derechos del procesado, pues no afectan su libertad personal. Por tanto los criterios encaminados a establecer si fue o no respetado el principio de legalidad se flexibilizan, sin que ello implique que desaparezcan”.*³⁰ (Subraya la Sala).

Finalmente, la conclusión obligada ante la vasta regulación sectorial que integra el derecho administrativo sancionador, es que la eventualidad de aplicar indirectamente la ley por analogía requiere un estudio de cada situación en particular y del objeto de regulación o de prohibición contemplado en cada sector de intervención administrativa, por lo que sentar un principio general respecto del mismo sólo nos permite llegar a la aceptación de la aplicación de la analogía *in bonam partem*, así como a evidenciar la existencia de una identidad ontológica sustancial entre delitos e infracciones administrativas, como presupuesto indispensable para la aplicación analógica de la ley.³¹

Es por ello que para el caso en concreto no es posible aplicar el artículo 82 del Código Penal, como quiera que la persona jurídica no es responsable penalmente en Colombia toda vez, que se trata de una persona ficticia, y como se desarrolló en capítulos anteriores, la ley que por analogía habrá de aplicarse será la ley civil y comercial, en tratándose de un conflicto derivado de un contrato estatal, de conformidad con la remisión normativa que dispone el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, a saber:

“ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS ESTATALES. Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.

Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.”

³⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Sentencia 5 de marzo de 2019. Rad. 11001-03-06-000-2018-00217-00(2403). M.P. Germán Alberto Bula Escobar

³¹ MERLANO SIERRA, Javier Enrique . LA IDENTIDAD SUSTANCIAL ENTRE EL DELITO Y LA INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA : Anotaciones a propósito de la aplicación analógica de la ley en el derecho administrativo sancionador . Rev. Derecho [en línea]. 2008, n. 30, págs. 341-360. ISSN 0121-8697.

Por las razones desarrolladas con anterioridad, no tiene vocación de prosperar el argumento del apoderado de la Compañía Garante.

6.5 CONSIDERACIONES FINALES

Con fundamento en las razones expuestas en la parte considerativa, esta Oficina Asesora Jurídica encuentra que en el presente caso hay lugar a declarar el incumplimiento parcial e imponer multa del Contrato de Concesión No. 03-0004 de 2014 suscrito con la **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S** liquidada en relación al presunto incumplimiento por el “no fondeo de los recursos de la fiducia constituida” y “no Actualización de Garantías Contractuales” en los términos de los oficios de citación No. CE- OAJ - 202003002138 del 17 de septiembre de 2020, enviado al Contratista y No. CE- OAJ - 202003002143 del 18 de septiembre de 2020 enviada a la compañía garante.

En consecuencia y en concordancia con los parámetros derivados del debido proceso que aplica al caso que nos ocupa, atendiendo particularmente los escritos y las manifestaciones de los intervinientes en el Procedimiento Administrativo Sancionatorio y las consideraciones de la Oficina Asesora Jurídica así como lo consignado en el artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se **DECLARA EL INCUMPLIMIENTO PARCIAL DEL CONTRATO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN No. 03-0004 de 2014 SUSCRITO CON NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S** liquidada y a la Compañía Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, conforme al artículo 86 de la Ley 1474 de 2011.

6.6. TASACIÓN DE LA MULTA.

1. Imponer a título de multa como consecuencia del incumplimiento del Contrato de concesión No. 3-0004 de 2014 por la suma de **DIECINUEVE MIL OCHENTA DOLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR. (USD \$19.080,99)**, equivalente al 1% del valor presente total de la contraprestación fijada, conforme lo señalado por el supervisor en su oficio con radicado No. 202001001612 de fecha 28 de agosto de 2020. De conformidad con la Cláusula Trigésima Primera del Contrato de Concesión Portuaria No. 3-0004 de 2014 – Sanciones, en el literal i) señala:

Por incumplimiento de las demos obligaciones que se encuentren previstas en la Cláusula 27 y que no estén contempladas expresamente en los literales anteriores de la presente clausula, se impondrá una multa equivalente al UNO POR CIENTO (1%) del valor presente total de la contraprestación fijada.

Operación que se refleja de esta manera:

Tasación:

Valor Presente Total de la Contraprestación, Clausula 17 Contrato de Concesión:

UN MILLON NOVECIENTOS OCHO MIL NOVENTA Y OCHO DOLARES CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$1.908.098,97)

Clausula Régimen de incumplimiento: USD \$1.908.098,97 * 1% = USD \$19.080,99

57

En este sentido, el valor a imponer corresponde a los dispuesto en el literal (i) de la cláusula 31 “Régimen de incumplimiento” es la suma de **DIECINUEVE MIL OCHENTA DOLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR. (USD \$19.080,99)**

El Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014 establece el Régimen Sancionatorio aplicable en su Cláusula Trigésima Primera

En el literal i) de la Cláusula Trigésima Primera señala *“Por incumplimiento de las demás obligaciones que se encuentren previstas en la Cláusula 27 y que no estén contempladas expresamente en los literales anteriores de la presente clausula, se impondrá una multa equivalente al UNO POR CIENTO (1%) del valor presente total de la contraprestación fijada.”*

Con base en lo anterior, la tasación de la multa es la siguiente:

Valor Presente Total de la Contraprestación, Clausula 17 Contrato de Concesión:

UN MILLON NOVECIENTOS OCHO MIL NOVENTA Y OCHO DOLARES CON NOVENTA Y SIETE CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$1.908.098,97)

Clausula Régimen de incumplimiento: USD \$1.908.098,97 * 1% = USD \$19.080,99

En este sentido, el valor a imponer corresponde a la suma de **DIECINUEVE MIL OCHENTA DOLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR. (USD \$19.080,99)**

Finalmente, se precisa que, en razón de que el valor de la contraprestación está fijado en moneda extranjera, las sumas anteriores serán liquidables con base en la Tasa Representativa del Mercado (TRM) de la fecha de expedición de este acto administrativo, esto es, el día cinco (05) de octubre de 2021.

En mérito de lo expuesto,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR el incumplimiento parcial del contrato de concesión No. 03-0004 de 2014 por parte de **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada** NIT 900.715.064 - 5 de conformidad con las razones expuestas, en la parte considerativa de la presente resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **IMPONER** a **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S.**, a título de multa, la suma equivalente a **DIECINUEVE MIL OCHENTA DOLARES CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS DE DÓLAR (USD \$19.080,99)**, liquidables con base

58

en la Tasa Representativa del Mercado (TRM) del día cinco (05) de octubre de 2021, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta resolución.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR ocurrido el siniestro de incumplimiento del Contrato de Concesión Portuaria No. 03-0004 de 2014 y, como consecuencia, **AFECTAR** el amparo de cumplimiento de la póliza No. 1195514-4 expedida por **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A** identificada con NIT 890903407-9.

ARTÍCULO CUARTO: COMPULSAR copias a la Fiscalía General de la Nación para lo de su competencia.

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

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

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR la presente resolución en los términos del Artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, al representante legal y/o apoderado de la **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S.** liquidada y al representante legal y/o apoderado de **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**, o a quienes hagan sus veces.

ARTICULO OCTAVO: La Sociedad **NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A. hoy NOVO PORTO SOCIEDAD PORTUARIA S.A.S. liquidada** NIT 900.715.064 - 5, deberá pagar los valores señalados en los artículos anteriores, en la cuenta que para tal efecto señale el Área de Tesorería de CORMAGDALENA, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la presente resolución y si no procede en tal sentido, CORMAGDALENA exigirá su pago a la compañía Aseguradora **SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A.**

ARTÍCULO NOVENO: La parte resolutive del presente acto administrativo, una vez se encuentre ejecutoriado, deberá ser comunicada a la Cámara de Comercio en que se encuentre inscrito el contratista sancionado. También se publicará en el Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), y se comunicará a la Procuraduría General de la Nación, de conformidad con el artículo 218 del Decreto Ley 019 de 2012.


ARTÍCULO DÉCIMO: REMITIR copia ejecutoriada de la presente resolución a la Secretaría General para que inicie el cobro y los trámites a que haya lugar; de conformidad con lo dispuesto en el artículo 40 de la Resolución 000311 de 8 de octubre de 2019.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá, a los cinco (05) días del mes de octubre de 2021.

DEISY GALVIS QUINTERO
Jefe de la Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Sonia Yadira Guerrero Silva- Abogada OAJ 

Revisó: -OMAA S.A.S. 